Wesen und Schutz des Gemeingebrauches an öffentlichen Wegen, Wasserläufen, Häfen und dem Meeresstrande.

Dargestellt auf der Grundlage des preußischen Allgemeinen Landrechts und des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Vorgelegt von
Gerichtsreferendar
Hermann Schrader
aus Breslau.

1930.

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Geh. Reg.-Rat Prof. Dr. jur. et phil.
Helfritz.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Anschütz: Deutsches Staatsrecht. In: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. IV. (1914).

Anschütz: Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. In: Verwaltungsarchiv, Bd. V. (zit. V. A.).

Apelt: Gibt es ein Recht des Einzelnen auf Benutzung des öffentlichen Weges. In: Fischers Zeitschrift, Bd. 30.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Bd. I (1886).

Bering: Die Rechte an öffentlichen Wegen. (Berlin 1894).

Biermann: Die öffentlichen Sachen. (Gießener Programm 1905).

Blume: Das Recht der Anlieger an öffentlichen Straßen. In: Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg 1900.

Bolze: Begriff der juristischen Person. (Stuttgart 1879).

Brinz: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. (1873).

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. (8. Aufl.).

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. Einleitung und Allgem. Teil. (1900).

Dernburg: System des römischen Rechts. I. Teil. (8. Auflage). (zit.: Syst.).

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. I.: Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht. 5. Aufl. (zit. Pr.Pr.R.).

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. III, Sachenrecht. (1898). (zit.: Bürgerl. Recht).

Eisele: Ueber das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu. In: Baseler Rektoratsprogramm.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band. 1. Abtlg. Sachenrecht. (8. Aufl.).

Enneccerus-Kipp-Wolff: Enneccerus. Einleitung, Allg. Teil, 1928.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. (13. Aufl.).

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. (8. Aufl.).
Fleischmann: „Häfen". In: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Bd. II., S. 305.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. I. Bd. (7. Aufl.).
Friedrichs: Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht. In: Arch. f. öff. Recht, Bd. 40.
Germershausen: Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen. I. Bd. (3. Aufl.).
Gierke: Deutsches Privatrecht. Bd. II. Sachenrecht (1905). (zit.: D.Pr.R.).
Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. I. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaften. Bd. II. Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs. (zit.: Gen.R.).
Gierke: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. (1887). (zit.: Gen.Th.).
Gierke: Gutachten in Sachen der Stadt Kiel gegen den Kgl. Preuß. Staatsfiskus und den Fiskus des deutschen Reichs, wegen Feststellung des Eigentums am Kieler Hafen. In: Mitteilungen der Gesellschaft für Kieler Stadtgeschichte. (23. Heft 1908). (zit.: Gutachten).
Giese: Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. (6. Auflage).
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Bd. Allgem. Teil. und Recht der Schuldverhältnisse. (2. Aufl.).
Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. (1927).
Helfritz: Der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart. In: Verwaltungsrechtl. Abhandlungen. Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Preuß. Oberverwaltungsgerichts. (1925).
Holtz-Kreutz: Das preußische Wassergesetz vom 7. 4. 1913. I. Bd. (1914).
Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung. (1912).
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. (1913).
Jellinek: System des subjektiven öffentlichen Rechts. (1892).
Jebens: In: Preuß. Verw. Bl. 27, S. 553.

Ihering: Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel (ein Rechtsgutachten). In: Vermischte Schriften juristischen Inhalts (1879).

Kloeß: Die allgemeinen Sachen, Luft und Wasser. (1907).

Klein: Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch (Jur. Diss. Erlangen 1927).

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. Vermögensrecht. 2. Teil: Sachenrecht (1919).

Laband: Deutsches Staatsrecht, Bd. IV.

Lassar: Grundbegriffe des preußischen Wegerechts (1919).

Lehning: Das Wesen des Rechts auf den Gemeingebrauch. (Jur.Diss. Erlangen 1898).

Lisko: Zur Lehre von den Sachen im Gemeingebrauch. (Jür.Diss. Göttingen 1914).

Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I u. II. (3. Auflage). (zit.: D.V.R.).

Mayer: Oeffentliche Sachen. In: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Bd. III, S. 9. (zit.: W.St.V.R.).

Mayer: Eigentum und Wegerecht. In: Arch. öff. R., Bd. 16, S. 38 ff.

Motive: zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Einführungsgesetz, Bd. II, Bd. III.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. II. Bd. (3. Aufl.).

Oertmann: Bayrisches Landesprivatrecht. (1903).

Oßwald: Die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen nach geltendem deutschen Privat- und Verwaltungsrecht. (Jur.Diss. Heidelberg 1909).

Planck: Kommentar zum BGB. 2. Bd. 2. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse. (Bes. Teil). (4. Aufl.).

Regelsberger: Pandekten. I. Bd. (1893). (zit.: Pand.)

Reiners: Der privatrechtliche Schutz des Gemeingebrauches an öffentlichen Straßen. (Jur.Diss. Marburg 1925).

Rosenfeld: Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen. (Jur.Diss. Rostock 1899).

Rovatis: Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, ein-

schließlich öffentlichen Waldungen. (Jur.Diss. Greifswald 1909).
v. Sarvey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. (1880).
Schäfer: Das Wesen des Rechts auf den Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen. (Jur.Diss. Greifswald 1898).
Schoen: Deutsches Verwaltungsrecht. In: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. IV. (1914).
Schultzenstein: Einziehung öffentlicher Wege. In: Verw.-Arch. 23. Bd.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1. Bd. Allgem. Teil. (1912).
v. Stengel: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. (1886).
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. I. (1893).
Theobald: Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Sachen unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Friedhöfe. (Jur.Diss. Heidelberg 1912).
Ubbelohde: Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Serie der Bücher. 43. u. 44.
Wappäus: Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. (1867).
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. (3. Aufl.)

Entscheidungen des Reichsgerichts:
RGZ. 1, S. 366; 6, S. 162; 16, S. 164; 35, S. 237; 36, S. 273; 53, S. 98; 64, S. 184; 69, S. 51, 72, S. 347; 73, S. 200;
Gruchot: 24, S. 508; 26, S. 371; 47, S. 1200; 56, S. 1118; 68, S. 76.
Seuff: 76, S. 22.
Recht: 1920, Nr. 1362; 1924, Nr. 1678.
222; 32, S. 338; 33, S. 452; 39, S. 196; 45, S. 247; 60, S. 286; 60, S. 366; 67, S. 332.
In: Pr.V.Bl.: 26, S. 942.
Entscheidungen des Obertribunals 20, S. 401.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. 2. 1794.
Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 11. 3. 1850.
Feld- und Forstpolizeigesetz vom 1. 4. 1880 in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. 1. 1926.

Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. 7. 1883.

Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. 8. 1883.

Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896.

Reichsgrundbuchordnung vom 24. 3. 1897.

Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 5. 1909.

Wassergesetz vom 7. 4. 1913.

Reichsverfassung vom 11. 8. 1919.

Gerichtsverfassungsgesetz vom 22. 3. 1924.

1. Kapitel:

Begriff des Gemeingebrauches.

Eine gesetzliche Begriffsbestimmung des Gemeingebrauches wird weder im Reichsrecht noch im preußischen Landesrecht gegeben. Auch findet sich in keinem Reichs- oder preußischen Landesgesetz eine umfassende Aufzählung derjenigen Sachen, die dem Gemeingebrauche unterliegen.

Wenn man den Begriff des Gemeingebrauches bestimmen will, darf man nicht, wie es oft geschieht, Inhalt und Begriff des Gemeingebrauches gleichstellen. Eine derartige Identifizierung des Gemeingebrauches als solchen mit seinem Inhalte trifft nicht den Kern der Sache.

„Der Inhalt des Gemeingebrauches ist etwas tatsächliches, etwas faßliches, konkretes., Man kann ihn naturgemäß in keine theoretischen, abstrakten Formen und Formeln pressen. Er ist etwas geschichtlich Gewordenes, ein jeweiliger Zustand, den die Rechtsausübung im einzelnen Falle stets wieder neu festzustellen vermag.

Was wir dagegen unter Gemeingebrauch als solchem verstehen, sein Wesen, das ist an sich ein rein abstrakter Begriff, den wir loszulösen vermögen von Zeit und Raum und unabhängig davon rein formelmäßig aufstellen müssen und auch aufstellen können."[1]

Dem Wortsinne nach bedeutet „Gemeingebrauch" den allen gemeinen, d. h. den jedermann zustehenden Gebrauch einer Sache. Diese rein wörtliche Deutung reicht jedoch zu einer juristischen Begriffsbestimmung des Gemeingebrauches nicht aus.

Wesentlich für den Begriff des Gemeingebrauches ist zunächst, daß jedem Berechtigten die gleiche Gebrauchsbefugnis zusteht. Daß tatsächlich der Einzelne einen größeren Gebrauch macht und machen kann, ist natürlich und daher unerheblich.

---

1) Lisko, a.a.O., S. 27.

Doch nicht jede der Allgemeinheit zugängliche Benutzungsmöglichkeit einer Sache ist als „Gemeingebrauch“ anzusehen. Nämlich dann nicht, wenn der Gebrauchsbefugnis ein Vertragsschluß vorauszugehen hat, sich der Gebrauch also als ein Recht, das sich aus dem Vertrage ergibt, darstellt. Wenn z. B. ein Hotelbesitzer den Gästen seines Hotels ein Lesezimmer oder dergleichen zur Verfügung stellt, dann steht nach einer im täglichen Leben gebräuchlichen Redeweise dieses Zimmer im Gemeingebrauch der Hotelgäste, und doch hat dieser Gebrauch nichts mit dem Gemeingebrauch im Rechtssinne gemein.

Auch dann, wenn ein Kontrahierungszwang besteht, kann man nicht von Gemeingebrauch an den einem solchen Vertragsschluß unterliegenden Sachen sprechen, denn ein wesentliches Kriterium des Gemeingebrauches ist dessen Unmittelbarkeit.[2]

Dem Grundsatz der Unmittelbarkeit würde es auch nicht entsprechen, Sachen als im Gemeingebrauch stehend zu betrachten, zu deren Benutzung es im Einzelfalle einer besonderen behördlichen Zulassung bedarf, auch wenn diese gleichmäßig erteilt werden muß und nicht versagt werden darf.[3]

Dagegen steht es mit dem Begriffe des Gemeingebrauches nicht im Widerspruch, daß bei Benutzung der Sache eine „Gebühr“ erhoben wird. Derartige Gebühren werden kraft einseitiger obrigkeitlicher Anordnung erhoben und tragen nicht den Charakter einer vertragsmäßigen Gegenleistung für die Benutzung der Gemeingebrauchssache.

Als Sachen, die unmittelbar der Benutzung jedermanns freistehen, sind zunächst solche zu nennen, die der menschlichen Herrschaften entzogen sind, so die Luft und das offene Meer. Deren Gebrauch steht jedermann offen, ohne daß es dazu eines Vertragsschlusses oder einer besonderen Zulassung bedürfte. Diese Benutzungsmöglichkeit durch jedermann ergibt sich gerade daraus, daß diese Dinge infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Herrschaft durch menschliche Willkür entzogen sind. Ihre Benutzung ist daher unbeschränkt und unbeschränkbar. Der Satz, daß sie dem allgemeinen Gebrauche dienen, ist also

2) cf. Regelsberger, I, § 113; Fleiner, § 23, II; O. Mayer, D.V.R. II, S. 77.
3) Gierke, D.Pr.R. II, § 102, Anm. 11 und die N. 2 Angeführten.

„kein Rechtssatz sondern nur eine notwendige Folgerung aus Verhältnissen, welche unabhängig von der Rechtsordnung sind, eine Wahrheit, welche gilt, gleichviel, ob das Gesetz sie anerkennt oder nicht".[4]

Für die Erklärung der Benutzungsmöglichkeit dieser sog. „res communes omnium" bedarf es daher eines besonderen Rechtsinstituts des Gemeingebrauches nicht, und sie haben somit bei der vorliegenden Betrachtung auszuscheiden. Man kann die Benutzung dieser res communes omnium zweckmäßig als „allgemeinen Gebrauch" dem Gemeingebrauche gegenüberstellen.[5] Im Gegensatz zu der Ausdrucksweise der herrschenden Anschauung bezeichnet Kloeß[6] nur den Gebrauch dieser „allgemeinen Sachen" als Gemeingebrauch, während er den Gemeingebrauch in unserem Sinne „öffentlichen Gebrauch" nennt.

Aber auch nicht jede der menschlichen Herrschaft unterworfene Sache, die der Allgemeinheit zum Gebrauche überlassen ist, braucht im Gemeingebrauche im rechtlichen, insbesondere verwaltungsrechtliche Sinne zu stehen.

Ein menschenfreundlicher Besitzer eines Parkes gibt diesen dem Publikum zur Benutzung frei. Hier ist eine Sache einer unbestimmten Vielheit von Personen zur gleichmäßigen Benutzung freigegeben, ohne daß es im Einzelfalle zu deren Ausübung eines besonderen Rechtsgeschäftes bedarf. Und doch besteht ein Unterschied zwischen dieser Gebrauchsüberlassung und dem Gemeingebrauche in unserem Sinne.[7] Es steht hier im Belieben einer Privatperson eine Sache der allgemeinen Benutzung freizugeben, diese Benutzung zu regeln, einzelne Personen willkürlich davon auszuschließen und die Gebrauchserlaubnis wieder zurückzunehmen. Eine derartige allgemeine Gebrauchserlaubnis bietet also keine rechtlichen Besonderheiten, und es bedarf dafür nicht des Begriffes des Gemeingebrauches. Das praktische Kriterium des Gemeingebrauches besteht in seiner Einwirkung auf die ihm unterliegende Sache, kraft welcher diese eine rechtliche Sonderstellung erhält. Den im Gemeingebrauche in unserem Sinne stehenden Sachen ist

---

4) Mot. z. Entw. d. BGB. III, S. 26; cf. auch Enneccerus I, § 123, I; Kohler II, 2 § 5, I S. 11.
5) So Schäfer, S. 17.
6) a.a.O., S. 25.
7) cf. O. Mayer, D.V.R. II, S. 73, Anm. 1.

eine „objektive Zweckgebundenheit" eigen. Solche Sachen gehören zu den „öffentlichen Sachen", deren Betrachtung das nächste Kapitel dienen soll.

Nach dem bisher Ausgeführten kann man den Rechtsbegriff des Gemeingebrauches dahin zusammenfassen: Gemeingebrauch ist die grundsätzlich einem im einzelnen nicht begrenzten Kreise von Personen gegebene Möglichkeit eine „öffentliche Sache", die durch ihre Körperlichkeit selbst dem Publikum dient und zu ihm in individuelle Beziehungen tritt,[8] ohne besondere Zustimmung des Herrn der Sache zu benützen.

Ob der Kreis der Gemeingebrauchsberechtigten sich auf alle Menschen erstreckt oder ob er auf die Mitglieder einer bestimmten öffentlichen Korporation beschränkt ist, wird weiter unten erörtert werden.

2. Kapitel:

Die öffentlichen Sachen.

(Oeffentliche Sachen im weiteren Sinne).

I. Begriff der öffentlichen Sachen.

Die dem Gemeingebrauche unterliegenden Sachen gehören zu den „öffentlichen Sachen". Was versteht man unter „öffentlichen Sachen", und welche Stellung nehmen sie in der Rechtsordnung ein?

„Es gibt Sachen, auf die das gewöhnliche Vermögensrecht nicht im vollen Umfange angewendet werden kann. Deshalb nicht, weil sie unter einer gewissen im öffentlichen Interesse zu schützenden Zweckwidmung stehen."[9] Diese Sachen werden in der Verwaltungsrechtswissenschaft als „öffentliche Sachen" bezeichnet.

Im BGB. haben diese öffentlichen Sachen keine Erwähnung gefunden. Vielmehr sind sie, sofern sie überhaupt besonders erwähnt sind, in das Einführungsgesetz unter die landesrechtlichen Vorbehalte verwiesen. Dies gibt schon einen Hinweis für ihre rechtliche Behandlung.

---

8) O. Mayer, D.V.R. II, S. 39.
9) Hübner, a.a.O., § 26 I.

Das Kennzeichen der öffentlichen Sachen ist nicht der Umstand, daß sie im privatrechtlichen Eigentume des Staates oder einer sonstigen öffentlich-rechtlichen Korporation stehen.[10]

Vielmehr sind zu unterscheiden: Privatsachen öffentlicher juristischer Personen und öffentliche Sachen.[11]

Zu den Privatsachen der öffentlichen Korporationen, auch „fiskalischen Sachen" oder „Finanzvermögen" genannt, sind solche Sachen zu zählen, welche dem Staate oder einer entsprechenden öffentlich-rechtlichen Korporation entweder zum unmittelbaren Verbrauche überwiesen sind, wie z. B. Kassenbestände, Proviant- und Schreibvorräte usw., oder als sog. werbendes Vermögen Beträge abwerfen, z. B. Fabrikanlagen, Aecker, Domänen, Forsten usw., und somit dem öffentlichen Interesse lediglich oder vorwiegend durch ihren Kapitalwert, also nur mittelbar, dienen. — Zu den Privatsachen sind aber auch solche Sachen zu zählen, die gewissen anderen vom Staate oder den Gemeinden nicht bloß zu Erwerbszwecken betriebenen Unternehmungen dienen. Nach Biermann[12] sind dies „Unternehmungen, die dem Nutzen der Allgemeinheit dienen, für diese vielleicht sogar unentbehrlich sind, die aber überwiegend von Privaten betrieben werden und eigentlich mehr ausnahmsweise vom Staate oder anderen öffentlichen juristischen Personen. Der Staat oder die Kommunen werden hier nicht oder noch nicht oder nicht mehr als verpflichtet angesehen, das in Frage kommende Bedürfnis der Allgemeinheit von sich aus zu befriedigen. Da die diesen Unternehmungen dienenden Sachen, wenn die Unternehmung von Privatleuten betrieben wird, zweifellos Privatsachen sind, so müssen sie auch dann, wenn die Unternehmung Staats- oder Gemeindeunternehmung ist, als Privatsachen angesehen werden." Biermann rechnet zur Zeit hierher Bergwerke, Theater, lokale Verkehrsunternehmungen, städtische Gas- und Elektrizitätswerke usw.

Die Anschauungen darüber, was zum Pflichtenkreise des Staates oder der Gemeinden gehört, wechseln allerdings. Daher ist auch die Grenze zwischen Privatsachen

10) cf. Gierke, D.Pr.R. II § 102 I S. 20; Oertmann, a.a.O., S. 122; Theobald, a.a.O., S. 3.
11) cf. Biermann, a.a.O., S. 86 u. die Note 10 Angeführten.
12) a.a.O. S. 7.

und öffentlichen Sachen nicht fest, sondern stets im Flusse.

Die Rechtsverhältnisse der Privatsachen einer öffentlichen juristischen Person unterscheiden sich grundsätzlich in nichts von denjenigen der Sachen einer Privatperson. Sie können beliebig veräußert und belastet werden, und auch alle anderen Verfügungen können über sie getroffen werden. Trotzdem mußten diese Privatsachen der öffentlichen Korporationen gestreift werden, da zwischen ihnen und den öffentlichen Sachen verschiedene Grenzfälle bestehen.

Unter „öffentlichen Sachen" sind, wie schon im römischen Recht: res publicae sunt, quae usui publico destinatae sunt [13] nur solche zu verstehen, die unmittelbar den Zwecken der Gesamtheit, nicht im Sinne einer juristischen Person, sondern im Sinne aller einzelnen zu dienen berufen sind, die zum öffentlichen Gebrauche bestimmt sind.[14]

Zum öffentlichen Gebrauche bestimmt sind solche Sachen, welche entweder der Benutzung jedermanns offen stehen (Sachen im Gemeingebrauch) „oder welche die unentbehrliche sachliche Grundlage für die Erfüllung einer bestimmten Verwaltungsaufgabe darstellen."[15] Diese letzteren Sachen bilden den Apparat für den Betrieb öffentlicher Anstalten, wie Schulhäuser, Krankenhäuser, Kasernen usw., Biermann[16] bezeichnet sie zutreffend als Sachen des öffentlichen Dienstes und teilt demgemäß die öffentlichen Sachen ein in Sachen im Gemeingebrauche und Sachen des öffentlichen Dienstes.[17] Gehören diese Sachen des öffentlichen Dienstes dem Staate oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Korporation, so faßt man sie unter dem Namen „Verwaltungsvermögen" zusammen.

O. Mayer[18] erblickt die Kriterien der öffentlichen Sachen einmal in ihrer Zweckbestimmung, außerdem fordert er eine bestimmte rechtliche Zugehörigkeit an ein Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung. Das letztere Merkmal steht und

13) l 2 § 5 D. 43, 8.

14) cf. Gierke, D.Pr.R. II, § 102, I S. 20; Hatschek, a.a.O., § 56, I; Windscheid, a.a.O., I § 146; Enneccerus, a.a.O., § 123 III, IV; Oertmann, a.a.O., S. 122; Fleiner, § 21, I. Letzterer rechnet auch die Privatsachen öffentlicher juristischer Personen, das sog. Finanzvermögen, zu den öffentlichen Sachen im weiteren Sinne und nennt die hier als öffentliche Sachen bezeichneten Gegenstände öffentliche Sachen im engeren Sinne. Dahingegen werden in dieser Abhandlung öffentliche Sachen in engeren Sinne nur die Gemeingebrauchssachen genannt. Siehe S. 18 ff.

15) Fleiner, a.a.O., § 21.

16) a.a.O., § 2, III.

17) Ebenso Dernburg, Pand. I, § 59 b.

18) D.V.R. II, § 35.

fällt mit der von Mayer vertretenen Annahme eines besonderen öffentlichen Eigentums, auf das bei der Beleuchtung der Eigentumsverhältnisse an den öffentlichen Sachen näher eingegangen werden wird.

Hinsichtlich der ersteren Merkmale kommt Mayer zu dem Schluß, öffentliche Sachen seien nur solche, bei denen das Dienen für die Verwaltung ein so unmittelbares sei, daß eine öffentliche Verwaltung schon allein durch ihr Dasein ausgeübt werde, daß also „das Gemeinwesen öffentliche Verwaltung dadurch allein schon ausübt, daß es diese Sachen besitzt und ihrem Zwecke erhält."[19] Demgemäß zieht Mayer den Kreis der öffentlichen Sachen sehr eng. Er rechnet dazu im wesentlichen nur die Verkehrswege (Fahrstraßen, Fußwege, Brücken, Plätze, schiffbare Ströme, Kanäle, Eisenbahnkörper), die Festungswerke und allenfalls noch die Kirchhöfe und Kirchengebäude.[20] Er gibt zwar zu, daß damit noch keine erschöpfende Aufzählung der öffentlichen Sachen gegeben ist, warnt aber, den Begriff der öffentlichen Sachen zu verallgemeinern und solche überall da zu erblicken, wo Sachen den Einzelnen oder einer Verwaltungsbehörde irgendwie nützlich werden. So scheidet er Gerichtsgebäude, Schulen usw. aus, da diese nur den Schauplatz einer öffentlichen Verwaltungstätigkeit darstellen, aber nicht Bestandteil der Verwaltungstätigkeit selbst seien. Ferner können nach Mayer nur unbewegliche Sachen die Merkmale der „öffentlichen" tragen.[21]

Diese Begrenzung dürfte jedoch zu eng sein. „Es ist richtig, daß Gericht und Schule auch in gemieteten Räumen gehalten werden können. Zweck und Würde dieser Tätigkeiten verlangen aber nach moderner Auffassung eine feste Unterlage. Die Vertreibung des Gerichts aus dem einmal für dieses errichteten Gerichtshaus und der öffentlichen Schule aus ihrem Schulhause würde einer capitis deminutio gleichkommen."[22] Eine derartige öffentliche Zweckgebundenheit, die dies verhindern könnte, ist aber nur den öffentlichen Sachen eigen, so daß man auch solche Sachen

---

19) Mayer, D.V.R. II, § 35, I.
20) Mayer, in: W.St.V.R. III, S. 9.
21) D.V.R. II, § 35, Anm. 25; Arch. öff. R. 16, S. 67, Anm. 36; ebenso Becker, § 78, Anm. f.
22) Fleiner, a.a.O., § 22, Anm. 2.

in den Kreis der öffentlichen einbeziehen muß, wenn man nicht zu unbilligen Ergebnissen gelangen will.

Beschränkt man sich darauf, nur unbewegliche Sachen als öffentliche zu betrachten, so hat dies zur Folge, daß alle beweglichen Sachen, die dem öffentlichen Interesse dienen, als Privatsachen angesehen werden müssen und nicht den Schutz der öffentlichen Sachen genießen. Zu welchen unhaltbaren Ergebnissen diese Anschauung führt, zeigen jene Urteile des LG. und OLG. Kiel,[23] durch die der Reichsfiskus verurteilt wurde, der Eigentümerin eines Frachtdampfers, der durch Zusammenstoß mit einem Kriegsschiffe beschädigt worden war, Schadensersatz zu leisten, „falls er nicht vorziehe, das betreffende Linienschiff zum Zwecke der Befriedigung der Klägerin wegen des fraglichen Betrages im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben." Mit vollem Rechte hat das Reichsgericht[24] diese Entscheidung aufgehoben mit der Begründung, daß „die Zwangsvollstreckung in ein Kriegsschiff schlechthin ausgeschlossen sei". Es hat damit anerkannt, daß das Kriegsschiff zu den öffentlichen Sachen zählt. Dasselbe gilt folgerichtig auch für Waffen und Ausrüstungsgegenstände der Wehrmacht, die Telefon- und Telegrapheneinrichtungen der Postämter, die Lokomotiven und Wagen der Reichsbahn usw.

Hieraus ergibt sich also, daß auch gewisse bewegliche Sachen, die einem öffentlichen Interesse dienen zu den öffentlichen Sachen gerechnet werden müssen.[25]

Der Umstand, daß öffentliche Sachen auch nebenbei einen Ertrag für den Staat abwerfen, sei es in Form von Gebühren und Abgaben, sei es in Gestalt natürlicher Erzeugnisse des Grund und Bodens (Obst, Gras), kann nicht dazu führen, sie etwa dem „Finanzvermögen" des Staates zuzurechnen; denn ihre wirtschaftliche Bestimmung beruht eben auf dem Gebrauche im öffentlichen Interesse, und ein etwaiger finanzieller Nutzen kommt nur nebenbei in Betracht.

Nicht nur im Staate gibt es öffentliche Sachen, sondern man muß auch solche der Gemeinden und der übrigen öffentlich-rechtlichen juristischen Person, also auch der Religionsgesellschaften, soweit diese zu den öffentlich-recht-

23) cf. RGZ. 72, S. 347 ff.
24) RGZ. 72, S. 347 ff.
25) So auch Ubbelohde, a.a.O., S. 24; Biermann, a.a.O., § 2, III, b,

lichen Korporationen zählen, anerkennen. „Alle diese untergeordneten Objekte öffentlicher Verwaltung haben gemeinsam, daß sie mit ihrer Verwaltung unter einer gewissen Einflußnahme des Staates stehen. Sie faßt sich in dem Begriffe der Staatsaufsicht zusammen. Selbstverständlich ergreift sie auch die Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen und äußert sich dann in der Gebundenheit, welche ihnen der Staat bezüglich dieses Stückes ihrer Verwaltung auferlegt."[26]

Es mag hier schon vorausgeschickt werden, daß die öffentlichen Sachen wohl im Eigentum dieser öffentlichen Korporationen stehen können, aber nicht brauchen. Denn wie schon oben erwähnt, ist die Eigenschaft einer öffentlichen Sache ganz unabhängig von der Frage, wem das privatrechtliche Eigentum an dem Substrate, dem Körper, derselben zusteht.

Demgemäß darf man auch diese Unterscheidung zwischen Privatsachen öffentlicher Korporationen und öffentlichen Sachen nicht der finanztechnisch wichtigen Unterscheidung von Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen und Sachen im Gemeingebrauche gleichstellen. Diese letztere Zusammenstellung gibt nur eine Einteilung des Staatsvermögens. Die Heraushebung der öffentlichen Sachen aus dem Kreise der übrigen besagt aber nicht, daß sie Bestandteile des Staatsvermögens seien. Der Ausdruck „öffentlich" gibt keine Auskunft über die Zugehörigkeit der Sache, sondern deutet nur deren Zweckbestimmung an. Allerdings können sich Berührungspunkte mit jener Einteilung des Staatsvermögens zeigen, nämlich dann, wenn die Zweckbestimmung der Sache mit der Zugehörigkeit zum Staatsvermögen zusammenfällt, die öffentliche Sache also dem Staate gehört, d. h. im Privateigentume des Staates als Fiskus steht. Dann fallen die Privatsachen unter das Finanzvermögen, die öffentlichen unter das Verwaltungsvermögen oder die Sachen im Gemeingebrauche.[27]

II. Indienststellung der öffentlichen Sachen.

Die „Oeffentlichkeit" der Sachen ist keineswegs eine Eigenschaft der Sachen an sich, sondern Begleiterscheinung

26) Mayer, D.V.R. II, S. 47.

27) cf. Biermann, a.a.O., S. 5, Anm. 6; Gierke, D.Pr.R. II, § 102, Anm. 3; Theobald, a.a.O., S. 4 ff.

ihrer Zweckbestimmung. Eine solche Zweckbestimmung kann den Sachen gemäß der heutigen Rechtslage nur durch einen öffentlich-rechtlichen Akt beigelegt und nur durch einen Akt gleicher Art (einen actus contrarius) wieder genommen werden. Deswegen muß, wenn der Eigentümer der Sache ein Privater ist, zu der Bereitstellung des Eigentümers die mindestens stillschweigende Genehmigung der zuständigen Verwaltungsbehörde hinzukommen, wenn die Sache die Eigenschaft einer öffentlichen erlangen soll. Dieser hoheitliche Akt ist die Widmung, die Indienststellung. Erst von dem Augenblicke an, wo z. B. die Wegepolizeibehörde einen Weg dem Gemeingebrauche freigibt, wird dieser zu einem öffentlichen.

Die Indienststellung einer öffentlichen Sache kann entweder durch Gesetz geschehen, indem das Gesetz z. B. ausdrücklich diejenigen Wege und Gewässer aufzählt, welche als öffentliche gelten sollen, oder indem das Gesetz im einzelnen Falle einem Gegenstande oder einer Einrichtung die Eigenschaft einer öffentlichen Sache beilegt, oder auch durch einen jeweils vorzunehmenden Akt der Verwaltungsbehörde, welche auf der Grundlage der einzelnen Rechtsnormen einem einzelnen Gegenstande, z. B. einem Wege, oder einer ganzen Kategorie von Gegenständen die Eigenschaft öffentlicher Sachen beilegt.[28] Demgemäß unterscheidet man zwischen gestiftetem und gesetzlichem öffentlichen Gebrauche.[29]

Verschiedene Schriftsteller vertreten die Meinung, daß öffentliche Sachen, insbesondere öffentliche Wege, auch durch unvordenkliche Verjährung ihre Zweckbestimmung erhalten können, daß also die Widmung dadurch ersetzt werden könne. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen. Die unvordenkliche Zeit kann nur eine Vermutung für den Begründungsakt der Oeffentlichkeit schaffen, nicht aber diesen ersetzen.[30]

Die rechtliche Natur der Widmung ist bestritten. Sie als einen Vertrag oder ein vertragsähnliches Abkommen anzusehen, wird von der herrschenden Meinung mit Recht abgelehnt. Vielmehr muß man der Widmung eine Rechtsnatur geben, die im öffentlichen Recht wurzelt. Sie ist ein

---

28) cf. v. Stengel, a.a.O., S. 52.
29) cf. Regelsberger, a.a.O., Bd. I, S. 720.
30) cf. OVG. 45, S. 247; Pr.V.Bl. 26, S. 942.

Verwaltungsakt, ein öffentlich-rechtlicher Akt, durch den die Sache in den öffentlichen Dienst oder den Gemeingebrauch gestellt wird.

An sich darf eine Behörde eine Sache einem öffentlichen Zwecke nur dann widmen, wenn sie auch die privatrechtliche Verfügungsgewalt darüber besitzt. Fehlt ihr diese, so braucht um deswillen jedoch die Widmung nicht nichtig zu sein.[31] Eine Besonderheit gilt für die Widmung eines öffentlichen Weges. Hier muß außer dem Eigentümer des Wegekörpers und der Verwaltungsbehörde (d. i. die Wegepolizeibehörde), noch der Wegebaupflichtige, d. h. derjenige, dem die Anlegung, Unterhaltung und Verbreiterung des Weges obliegt, mitwirken. Diese Mitwirkung kann von der Wegepolizeibehörde erzwungen werden.[32]

III. Das Eigentum an öffentlichen Sachen.

Die Frage, ob an den öffentlichen Sachen, insbesondere den Sachen im Gemeingebrauche, ein Eigentum besteht, und in wessen Eigentum sie stehen, falls ein solches anerkannt wird, und ob auf dieses Eigentum die Normen des Privatrechts oder des öffentlichen Recht Anwendung finden, war für das gemeine und das preußische Recht bestritten, und dieser Zwiespalt der Meinungen ist auch durch das Inkrafttreten des BGB. nicht aufgehoben worden.

Im wesentlichen standen und stehen sich noch heute drei Ansichten gegenüber. Einmal werden die öffentlichen Sachen als herrenlos unter bloßer staatlicher Hoheit bezeichnet. Andere nehmen ein „öffentliches Eigentum“ im Sinne der Lehre O. Mayers an. Die dritte, herrschende Meinung vertritt den Standpunkt, daß die öffentlichen Sachen im privatrechtlichen Eigentume des Staates oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Korporation stehen und daß dieses Eigentum lediglich durch die Zweckbestimmung der öffentlichen Sachen beschränkt sei.

Herrenlosigkeit der öffentlichen Sachen wurde besonders anläßlich des sog. „Baseler Festungsstreites“ von Keller und Jhering behauptet. Anhänger dieser Ansicht finden sich aber auch heute noch. — Jhering sucht die Richtigkeit

31) cf. ROG. 64, S. 184; Fleiner, a.a.O., § 21, II, 1.
32) § 56, Zust. Ges.

seiner Ansicht einmal aus den Quellen des römischen Rechts zu beweisen. Für die vorliegende Abhandlung, die sich auf die Gemeingebrauchssachen des Preußischen Allgemeinen nen Landrechts und der auf diesem Gesetze beruhenden Vorschriften beschränken will[33] kommen diese Argumente nicht in Betracht. Aber Jhering ging auch von allgemeinen Gesichtspunkten aus. Er führt aus, daß die öffentlichen Sachen zu den sog. „res extra commercium" gehören. Die Bedeutung der res extra commercium bestehe darin, daß daran die Begründung einer exklusiven Herrschaft — nicht nur einer privaten, sondern auch des Staates — ausgeschlossen sei, da sie dem öffentlichen Gebrauche gewidmet seien. Es sei nicht eine äußere positive Vorschrift, welche dies mit sich bringe, sondern die innere Natur und Bestimmung dieser Sachen. Ihre äußere Erscheinung enthalte einen Protest gegen die Idee der Exklusivität des Privateigentums und weise sie dem Gemeingebrauche zu.[34] Dieselbe Stellung, die der Eigentümer dem Eigentumsobjekte gegenüber einnehme, nehme „das Publikum" den öffentlichen Sachen gegenüber ein. Jhering bezeichnet dieses Verhältnis als öffentliches Nutzungsrecht oder auch als Recht des Gemeingebrauchs, wobei er unter Gemeingebrauch auch den oben mit öffentlichem Dienste bezeichneten Gebrauch versteht.

Neben diesem Gemeingebrauche sei aber ein Eigentum überhaupt nicht denkbar, denn es würde sich ein Eigentum ergeben, das von vornherein nicht dem Eigentümer, sondern einem anderen zu dienen bestimmt sei, von dem also der Nießbrauch für immer getrennt sei. Das sei aber ein Eigentum, welches sich selbst negiere.[35]

Während die eben besprochene Ansicht die öffentlichen Sachen als herrenlos unter Staatsaufsicht bezeichnet, stehen nach der von Eisele[36] begründeten und besonders von Mayer ausgebauten und vertretenen Lehre die öffentlichen Sachen unter einer vollen Herrschaft, die aber nicht Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern etwas anderes ist, die nicht behauptet wird, sondern sich selbst behauptet, die nicht dem Privatrechte, sondern dem öffentlichen Rechte an-

33) siehe Seite 19.
34) Jhering, a.a.O., S. 145.
35) Jhering, a.a.O., S. 149.
36) a.a.O.

gehört und deshalb öffentliches Eigentum heißt.[37] Danach soll das private Eigentum an den öffentlichen Sachen verschwinden zugunsten eines öffentlichen Sachenrechts, dessen Wesen in der Ausgestaltung rechtlicher Sachherrschaft besteht.

Mayer geht davon aus, daß privatrechtliches Eigentum und öffentlich-rechtlicher Verwalter nicht getrennt werden könnten. Die öffentliche Sache sei vielmehr kraft der überwiegenden rechtlichen Beziehungen einem einzigen Herrschaftskreise unterworfen, das sei der öffentliche Eigentümer.

Wenn man den Begriff des privatrechtlichen Eigentums als die umfassende, ausschließende und unbedingte Macht über eine Sache anderen Rechtssubjekten gegenüber, geordnet durch die Regeln des Privatrechts, ansieht, so sieht Mayer als öffentliches Eigentum die Macht über eine Sache, geordnet durch das öffentliche Recht, an. Die Regelung des Inbegriffs der zu anderen Rechtssubjekten bestehenden Beziehungen, die die Macht des Eigentümers über die Sache umgeben, um sie zu sichern und zu ordnen, vollzieht sich auf der Grundlage einer rechtlichen Ungleichheit, indem der Eigentümer als Träger öffentlicher Gewalt den anderen als privaten gegenüber tritt, so daß die private Rechtsordnung ausgeschlossen ist.[38] An die Stelle des privatrechtlichen tritt der polizeiliche Schutz.[39]

Die Beziehungen des Eigentümers zu anderen Personen, die ja den Inhalt dieser rechtlichen Macht des Eigentums bilden, sind demnach grundsätzlich dem Privatrechte entzogen und in den Formen des öffentlichen Rechts geordnet. Die Anwendung des Zivilrechts ist also ausgeschlossen. Das bedeutet, daß die Sache, solange sie eine öffentliche ist, nicht durch ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft veräußert oder belastet werden kann und daß Rechte Dritter nicht im Wege der Ersitzung begründet werden können. Da also nach Mayer die Bedeutung der öffentlichen Sachen darin besteht, daß die rechtliche Herrschaft, in welcher sie stehen, nach öffentlichem Rechte beurteilt wird, weist diese Theorie „nicht nur die Streitigkeiten für die Benutzung

37) cf. Friedrichs, Arch. öff. R. 40, § 18.
38) Mayer, D.V.R. II, § 35, I.
39) Mayer, D.V.R. II, § 36, III.

der öffentlichen Sachen, sondern auch die Schadensersatzansprüche wegen Beschädigung oder mangelhaften Unterhalts des öffentlichen Eigentums der Beurteilung der Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte zu."[40]

Demgegenüber steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkte, daß an den öffentlichen Sachen ein Eigentum, und zwar ein privatrechtliches Eigentum, durchaus möglich sei. Danach stehen die öffentlichen Sachen im Privateigentume des Staates als Fiskus. Doch ist der Staat nicht notwendig Eigentümer, möglich ist auch das Eigentum einer Gemeinde oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Korporation, ja die öffentlichen Sachen können auch im Eigentum einer Privatperson stehen.[41]

Als Beweis für diese Meinung läßt sich folgendes anführen: Einmal kann sich die umfassende Herrschaft über eine Sache nicht in einem reinen Hoheits- oder Polizeirecht erschöpfen, nicht einmal während der Zeit, während welcher die Sache dem öffentlichen Dienste oder dem Gemeingebrauche gewidmet ist. Schon während dieser Zeit kommen Verfügungen vor, die nichts weniger als lediglich Ausfluß eines Hoheitsrechtes sind und sich nur auf der Grundlage des Eigentums, und zwar des privatrechtlichen Eigentums, lösen lassen, wie z. B. die Gewinnung von Nebenerträgen, deren Verpachtung usw. Vor allem aber ist von dem Standpunkte der beiden oben angeführten Meinungen aus unerklärlich, wie die Außerdienststellung einer öffentlichen Sache plötzlich Privateigentum aus dem Boden stampfen kann.[42]

Ferner wird gegen die beiden anderen Lehren mit Recht geltend gemacht, daß sie den dem deutschen Rechte eigentümlichen Gegensatz von imperium und dominium übersehen. „Wobei unter imperium die öffentliche Herrschaft über Personen, unter dominium privatrechtliche Sachherrschaft zu verstehen ist. Beides besteht an den öffentlichen Sachen nebeneinander in scharfer Sonderung."[43]

---

40) Fleiner, a.a.O. § 21, II, 2.

41) cf. Kohler, a.a.O. I § 6, S. 16; Dernburg Pand. I § 59; Bürgerl.R. III, § 7, 3; Enneccerus, a.a.O. I § 123, III; Cosack a.a.O. § 63, II, 1; Staudinger a.a.O. Bd. I Vorbem. VII 2 b zu § 90; Fleiner a.a.O. § 21, II, 2; Hatschek a.a.O. § 56, II; Biermann a.a.O. S. 15.

42) cf, Theobald a.a.O. S. 30.

43) cf. Hatschek a.a.O. § 56 II 1.

Außerdem spricht gegen diese Theorien § 90 GBO. Danach wird die Landesstaatsgewalt ermächtigt, anzuordnen, daß die Grundstücke des Fiskus und gewisser juristischer Personen, die öffentlichen Wege und Gewässer, sowie solche Grundstücke, welche einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten. Oeffentliche Wege und Gewässer, sowie das Eisenbahngelände werden aber allgemein als Hauptbeispiele für öffentliche Sachen angeführt. In der Bestimmung des § 90 GBO. ist demnach eine Anerkennung privatrechtlichen Eigentums an öffentlichen Sachen zu erblicken.

Gegen die Theorie Mayers kann endlich noch angeführt werden, daß Mayer nicht angibt, nach welchen Normen das öffentliche Eigentum nun eigentlich ausgeübt werden soll.

Auch betreffs der Sachen, die schon vor dem Inkrafttreten des BGB. öffentliche waren, kommt man, wenigstens für das Gebiet des preußischen ALR., zu der Ansicht, daß sie im privatrechtlichen Eigentume stehen.

Im ALR. II 14 § 21 heißt es: „Die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates". Diese hier genannten Sachen zählen unbestritten zu den öffentlichen.[44] Nun bestimmt § 25 desselben Titels: „Dies gemeine Staatseigentum selbst ist den Domänen völlig gleich zu achten." Zufolge II 14 § 16 ALR. können Domänen veräußert werden. Das bedeutet, daß sie im privatrechtlichen Eigentume des Staates stehen. Da aber die gemäß § 21 im gemeinen Eigentume des Staates stehenden öffentlichen Sachen „den Domänen völlig gleichzuachten" sind, gilt für sie das gleiche, sie stehen also ebenfalls im privatrechtlichen Eigentume des Staates.[45]

Außer diesen Vorschriften enthält das ALR. einschlägige Bestimmungen nur noch über das Eigentum an Kirchen und kirchlichen Gegenständen. Nach II 11 § 170 sind Kirchen und andere dahin gehörige Gebäude Eigentum der Kirchengesellschaften, zu deren Gebrauche sie bestimmt sind. In Theorie und Praxis wird jedoch aner-

---

44) Siehe unten Kap. III.
45) cf. Anschütz, V.A. V, S. 88; Helfritz a.a.O. S. 66 ff.; Gierke, Gen.Th, S, 194; D.Pr.R. II, § 102 Anm. 41, S. 30; Gutachten S. 25; Lassar S. 26.

kannt, daß sie auch im Eigentume Privater stehen können.

Ueber andere öffentliche Sachen trifft das ALR. keine Bestimmungen. Daraus ist ohne weiteres zu entnehmen, daß sie eben erst recht im privatrechtlichen Eigentume stehen.

Als Inhalt des preußischen Landesrechtes wird man demnach unbedenklich feststellen können, daß die öffentlichen Sachen im privatrechtlichen Eigentume des Staates oder einer anderen öffentlichen juristischen Person oder auch einer Privatperson stehen.

Aus Art. 181 EG. BGB. geht hervor, daß auf das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehende Eigentum die Vorschriften des BGB. zur Anwendung kommen sollen. Das Eigentum des vorherigen Landesrechtes hat sich also am 1. 1. 1900 in das des BGB. verwandelt, soweit es privatrechtliches Eigentum war. Demgemäß finden auch auf die Sachen im Gebiete des ALR., die bereits vor Inkrafttreten des BGB. öffentliche waren, die Vorschriften dieses Gesetzbuches Anwendung.

Einer besonderen Betrachtung bedürfen die Eigentumsverhältnisse der Wasserläufe. Eine Regelung des Wasserrechts und somit auch der Eigentumsfrage an den Wasserläufen ist im BGB. nicht erfolgt, sondern bleibt gemäß Art. 65 EG. BGB. dem Landesrecht vorbehalten. Preußen hat von dieser Befugnis durch Erlaß des Wassergesetzes vom 7. 4. 1913 Gebrauch gemacht und dadurch ein einheitliches Wasserrecht für ganz Preußen geschaffen. Durch dieses Gesetz wurden die Bestimmungen des ALR. über die Wasserläufe aufgehoben.[46] Die Wasserläufe werden darin in drei Ordnungen eingeteilt. Eigentümer der Wasserläufe erster Ordnung ist gemäß § 7 W.G. der preußische Staat. In Ausführung des Art. 97 Abs. 1 RV. ist allerdings durch das preußische Gesetz „über den Staatsvertrag betreffend den Uebergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich" ein großer Teil dieser Wasserläufe erster Ordnung in das Eigentum des Deutschen Reiches übergegangen. Das Eigentum an den Wasserläufen zweiter und dritter Ordnung steht den Eigentümern der Ufergrundstücke (Anliegern) zu. Zwischen dem Eigentume an den Wasserläufen erster Ordnung und denen zweiter und dritter Ordnung ist im Gesetz vom 7. 4. 1913 kein Unterschied gemacht. Die

46) § 399, Abs. 2 Nr. 1 W.G.

Wasserläufe aller drei Ordnungen unterliegen dem Gemeingebrauche,[47] sind also als öffentliche Sachen anzusehen. Daraus ist zu schließen, daß alle Arten der Wasserläufe in demselben Eigentume stehen, und zwar kommt nur ein privatrechtliches Eigentum in Frage. Wie allgemein anerkannt wird, ist das Eigentum an den Wasserläufen in jeder Hinsicht privatrechtliches Eigentum im Sinne des BGB.[48]

Somit ist nunmehr die Eigentumsfrage an den Flüssen, bezüglich deren die Ansichten am meisten auseinandergingen und Herrenlosigkeit teilweise auch von denen angenommen wurde, die die übrigen öffentlichen Sachen als im privatrechtlichen Eigentume stehend betrachteten, für ganz Preußen einheitlich geklärt worden.

Jedoch nur der Wasserlauf als „die Gesamtheit des Gewässers", als „der durch das fließende Wasser erfüllte Raum",[49] kann Gegenstand des Eigentumsrechtes sein. Die fließende Welle ist wegen ihrer beständigen Flucht und Veränderung — aus natürlichen Gründen — für das Privateigentum nicht faßbar.[50]

Obwohl die öffentlichen Sachen im privatrechtlichen Eigentume, und zwar sowohl des Staates, wie einer politischen oder Kirchengemeinde oder auch einer Privatperson, stehen, so ist doch dieses Eigentum oder, besser gesagt, die Ausübung dieses Eigentums im öffenlichen Interesse dadurch beschränkt, daß es mit der Duldung der Ausübung des öffentlichen Dienstes oder des Gemeingebrauches belastet ist, und daß es dieser Bestimmung nicht durch Einwirkungen des Eigentümers entzogen werden kann.

Wie sich diese „objektive Zweckgebundenheit"[51] bei den öffentlichen, insbesondere den dem Gemeingebrauch unterliegenden Sachen auswirkt und welche Mittel zu ihrer Wahrung gegeben sind, wird im Kapitel: „Der Schutz des Gemeingebrauches" näher zu betrachten sein.[52]

---

47) cf. §§ 25 ff. W.G.
48) cf. Holtz-Kreutz a.a.O. § 7 Anm.
49) cf. Dernburg.
50) cf. RG. 53, S. 98.
51) cf. Gierke, D.Pr.R. § 102, I S. 20; Bekker, a.a.O. I, S. 336, 338.
52) Siehe 6. Kapitel.

3. Kapitel:

Die dem Gemeingebrauche unterliegenden öffentlichen Sachen (öffentliche Sachen im engeren Sinne), insbesondere nach dem preußischen ALR. und dem preußischen Wassergesetz.

Den im 1. Kapitel dargestellten Begriff des Gemeingebrauches kann man nach den Ausführungen des zweiten Kapitels dahin ergänzen: Gemeingebrauch ist die grundsätzlich einem im einzelnen nicht begrenzten Personenkreise gegebene Möglichkeit, eine durch Gesetz oder Verwaltungsakt dazu bestimmte Sache, eine öffentliche Sache, ohne besondere Zustimmung des Herrn der Sache, der mit dem Eigentümer nicht identisch zu sein braucht, zu benutzen.

Welche öffentlichen Sachen unterliegen nun im einzelnen dem Gemeingebrauche? Wie schon oben angedeutet wurde, wäre es falsch, alle öffentlichen Sachen als Gemeingebrauchssachen anzusehen. Allgemein werden z. B. die Festungswerke als öffentliche Sachen bezeichnet, doch kann man diese wohl kaum als im Gemeingebrauche stehend betrachten. Dasselbe gilt für Gefängnisse, Dienstgebäude usw., zu denen das Publikum nur nach Maßgabe ihrer besonderen Zweckbestimmung Zutritt hat. Auszuscheiden haben ferner die öffentlichen Schulen, Krankenhäuser, Herbergen usw. Bei ihnen muß eine besondere Zulassung zur Benutzung erfolgen. Aber wir hatten ja oben ein Kennzeichen des Gemeingebrauches gerade darin erblickt, daß der einzelne zur unmittelbaren Benutzung der öffentlichen Sachen ohne vorherige Zulassung im einzelnen Falle berechtigt ist.

Daher ist auch die Benutzung der Verkehrsanstalten, insbesondere der Eisenbahnen, die wohl zu den öffentlichen Sachen zu zählen sind, nicht als Gemeingebrauch anzusehen, wie es teilweise geschieht.[53] Wenn auch die Benutzungsmöglichkeit durch Kontrahierungszwang gesichert ist, so bleibt als Voraussetzung der Benutzung doch immer ein privatrechtlicher Vertrag bestehen. Man hat die Zahlung des Fahrpreises den Brücken-, Hafen- und Chausseegeldern gleichgestellt, um für die Eisenbahnen die gleiche rechtliche Behandlung in Anspruch nehmen zu können. Diese Gelder

53) cf. Wappäus, a.a.O. S. 107; Stobbe, a.a.O. § 64, I, 3.

sind jedoch nur Gebühren für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung, während der Fahrpreis eine vertragsmäßige Gegenleistung für die Beförderung ist und noch dazu eine recht hohe.[54]

Gemeingebrauch besteht also nicht an allen öffentlichen Sachen, sondern nur an denen, die dem Gemeingebrauche in dem oben dargestellten Sinne ausdrücklich gewidmet sind, an den Gemeingebrauchssachen, auch öffentliche Sachen im engeren Sinne genannt.[55]

Als solche Gemeingebrauchssachen gelten fast allgemein die öffentlichen Straßen und Wege, Brücken, Anlagen, Parks, Flüsse, Kanäle, Brunnen, Quellen und die Ufer der Meere, ferner Kirchen und Kapellen.

Bei einer großen Kategorie öffentlicher Sachen läßt sich allerdings auf Grund der heutigen Praxis kein sicheres Urteil fällen, ob sie zu den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zählen.[56] So erscheint es zweifelhaft, ob in den Kreis der dem Gemeingebrauche unterliegenden Sachen öffentliche Büchereien, Museen, Kunstsammlungen, Markthallen usw. einzubeziehen sind.

Im Rahmen dieser Abhandlung ist es nicht möglich, auf die Einzelheiten der weitverzweigten partikularen Gesetzgebung einzugehen oder auch nur die verschiedenen Gemeingebrauchssachen eines Staates und der ihm untergeordneten öffentlichen Korporationen zu behandeln. Sie will sich daher mit der Darstellung des Gemeingebrauches, und besonders des Schutzes des Gemeingebrauches, an denjenigen Sachen begnügen, die durch die Bestimmungen des preußischen ALR. und der in Ergänzung dieses Gesetzes aufgestellten Normen, insbesondere des preußischen Wassergesetzes vom 7. 4. 1913, dem Gemeingebrauche gewidmet sind.

Ausdrückliche Bestimmungen über den Gemeingebrauch trifft das ALR. nur betreffs der Land- und Heerstraßen und der öffentlichen Flüsse.

In II 15 § 7 ALR. heißt es: „Der Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen gestattet." Die Bestimmungen des Titels 15 bilden auch heute noch die Grundlage für das Wegerecht in

54) cf. Regelsberger, a.a.O. Bd. I, § 113, III; Bekker I § 78 Anm. m; Lehning a.a.O. S. 11.

55) cf. Gierke, D.Pr.R. II, § 102.

56) cf. Gierke, D.Pr.R. II, § 102, I Anm. 11; Regelsberger I, § 113, III,

Preußen. Wenn darin auch nur die Land- und Heerstraßen, d. h. die Wege, die von einer Grenze des Landes zu einer anderen, oder von einer Stadt, von einem Post- oder Zollamte entweder zu einem anderen oder zu Meeren und Hauptströmen führen,[57] erwähnt werden, so sind doch diese Vorschriften und die sich daraus entwickelnden Rechtsgrundsätze auch auf alle übrigen öffentlichen Straßen und Wege auszudehnen.[58]

Die zweite wichtige Klasse der Gemeingebrauchssachen, die im ALR. Erwähnung gefunden haben, bilden die öffentlichen Gewässer. ALR. II 14 § 21; II 15 §§ 44, 47, 50, 57 gaben die „öffentlichen Flüsse" der allgemeinen Benutzung frei. Diese Bestimmungen kommen heute nicht mehr in Betracht. Vielmehr ist der Gemeingebrauch an den Wasserläufen jetzt im preußischen Wassergesetze vom 7. 4. 1913 geregelt. Dieses Gesetz hat den Unterschied, den das ALR. zwischen öffentlichen, d. h. schiffbaren, und Privatflüssen machte, nicht beibehalten, sondern teilt die Gewässer ein in Wasserläufe und nicht zu den Wasserläufen gehörende Gewässer. Als Wasserläufe werden im WG. solche Gewässer bezeichnet, die in natürlichen oder künstlichen Becken beständig oder zeitweilig oberirdisch fließen mit Einschluß der Quellen, aus denen sie entspringen und der Seen, welche sie durchfließen. Die Wasserläufe wiederum werden in drei Ordnungen eingeteilt und alle unterliegen einem mehr oder minder ausgedehnten Gemeingebrauche.[59]

Die Ungenauigkeit der Gegenüberstellung von öffentlichen und privaten Gewässern bei Bestehen des Gemeingebrauchs an beiden, der doch das Wesen der Oeffentlichkeit darstellt, ist hier überwunden.

Schließlich stehen nach den Bestimmungen des ALR. noch die Häfen und Meeresufer im Gemeingebrauche. Dies ist zwar im Gesetze nicht expressis verbis verkündet. Ihre Widmung für den Gemeingebrauch ergibt sich aber einmal daraus, daß sie zusammen mit den Land- und Heerstraßen und den öffentlichen Flüssen als im „gemeinen Eigentume" des Staates stehend gekennzeichnet werden, dann auch daraus, daß der Staat als Eigentümer in §§ 80 ff. II, 15 ALR.

57) A.L.R. II 15 § 1.

58) cf. R.G. in Gruch. 24, S. 508 ff.; Germershausen a.a.O. I § 5, S. 92; Lassar a.a.O. S. 27.

59) § 25 ff. W.G.; siehe 4. Kapitel.

nur bestimmte Rechte an ihnen, die Nutzungen, für sich in Anspruch nimmt.[60]

Es soll also im folgenden Wesen und Schutz des Gemeingebrauches an öffentlichen Wegen, Wasserläufen, Häfen und dem Meeresstrande behandelt werden.

4. Kapitel: Art und Umfang des Gemeingebrauches.

Der Inhalt des Gemeingebrauches ist entweder ausdrücklich in der Widmung der Sache zum Gemeingebrauche festgestellt oder ist aus der Natur der Sache und den Umständen zu entnehmen. Der gemeine Gebrauch ist bei jeder Kategorie der öffentlichen Sachen i. e. S. verschieden. Ein allgemeiner Satz kann dahin aufgestellt werden, daß der Gemeingebrauch sich auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache erstreckt.[61]

Ueber den Inhalt des Gemeingebrauches an den Land- und Heerstraßen bestimmt das ALR., daß deren freier Gebrauch „im Reisen und Fortbringen der Sachen" bestehe. Wie schon oben ausgeführt wurde, ist dieser Rechtsgrundsatz auch auf alle übrigen öffentlichen Straßen und Wege anzuwenden, und wenn fortan von öffentlichen Wegen gesprochen wird, so sind darunter alle Arten von öffentlichen Straßen und Wegen zu verstehen. In dieser durch das ALR. aufgestellten engen Umgrenzung des Gebrauches erschöpft sich aber nicht der Gemeingebrauch der öffentlichen Wege. Mit Recht bemerkt O. Meyer:[62] „Wir würden uns aber schwer beengt fühlen, wenn die ganze Poesie der Landstraßen in diesen Rahmen gedrängt werden müßte", und weiter: „ein schöner Zustand, wenn man auf diesen Text angewiesen und zu sonst nichts auf der Straße berechtigt wäre!". Auch nach preußischem Recht ergibt sich — trotz der genannten Bestimmung des ALR. — der Umfang des Gemeingebrauches an den öffentlichen Wegen einmal aus der Widmung, ferner aber auch aus der natürlichen Beschaffenheit des Weges und den herkömmlichen Anschauungen. Diese finden ihren Ausdruck in den Gebrauchsordnungen, aus denen sich das Maß des Erlaubten ergibt.

---

60) cf. Förster-Eccius, a.a.O. IV, § 21, S. 112, Anm. 21.
61) cf. Mayer, D.V.R. II, S. 77.; Fleiner a.a.O. § 23, II.
62) D.V.R. II, S. 144.

Vielfach wird gesagt, der Gemeingebrauch an den öffentlichen Wegen sei identisch mit öffentlichem Verkehre, so sind Gehen, Reiten, Radfahren und Viehtreiben gegenwärtig durchweg gestattet. Doch geht der Gemeingebrauch vielfach über den öffentlichen Verkehr hinaus. So findet man z. B. durch Ortsgebrauch zum Gemeingebrauche gehörend Holzhacken, Aufstellen von Wagen auf der Straße, von Tischen und Bänken auf dem Bürgersteige usw. Vielfach erörtert ist in letzter Zeit auch die Frage, inwieweit die Benutzung der Straße zu Reklamezwecken unter den Inhalt des Gemeingebrauches fällt. Die statthaften Betätigungsformen des Gebrauches an den verschiedenen öffentlichen Wegen sind einer erschöpfenden allgemeingültigen Aufzählung nicht fähig.

Eine Art der öffentlichen Wege sind auch die öffentlichen Plätze. Diese unterscheiden sich einmal durch Form und Art der Anlage von den öffentlichen Wegen, dann aber auch durch die Art des Gemeingebrauches, dem sie unterliegen. „Auf den Wegen spielt sich der Verkehr regelmäßig durch Fortbewegung ab, der Verkehr auf Plätzen kann derselbe sein. Außerdem kann sich aber der Gemeingebrauch auch auf die Benutzung der Plätze zum Spielen, zum Aufenthalt und zu anderen Arten des öffentlichen Lebens erstrecken. Daher können auch entsprechende Anlagen hergerichtet werden, z. B. Gartenanlagen, Sandhaufen, Turngeräte, usw.[63] Sonst aber unterscheiden sich die öffentlichen Plätze nicht von den öffentlichen Wegen. Was von diesen gilt, ist auch auf jene anzuwenden.

Sehr genau und abschließend sind die Arten des Gemeingebrauches an den Wasserläufen im preußischen WG. aufgezählt. Und zwar behandelt das Gesetz in § 25 die sog. kleinen Nutzungen. Danach besteht der Gemeingebrauch an den natürlichen Wasserläufen erster Ordnung im Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen, Viehtränken, Schwemmen, Kahnfahren und Eislaufen, sowie in der Entnahme von Wasser und Eis für die eigene Haushaltung und Wirtschaft. Ferner ist es gestattet, Wasser, sowie die in der Haushaltung und Wirtschaft entstehenden Abwässer einzuleiten. Das gleiche gilt mit Ausnahme der Eisentnahme auch für die natür-

---

63) Lassar, a.a.O. S. 48.

lichen Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung. Jedoch ist auf ihnen das Kahnfahren und Eislaufen nur insoweit gestattet, als es beim Inkrafttreten des WG. gemeinüblich war. Im § 26 W. G. werden die Wasserläufe erster Ordnung dem öffentlichen Verkehre, namentlich der Schiffahrt und der Flößerei mit verbundenen Hölzern freigegeben. Die Wasserläufe zweiter und dritter Ordnung dagegen unterliegen diesem Gemeingebrauche des öffentlichen Verkehres nicht Die nach § 26 W. G. jedermann zustehende Befugnis, die Wasserläufe erster Ordnung zur Schiffahrt und Flößerei zu benutzen, wird im § 27 ff. dahin erweitert, daß es jedermann gestattet ist, Schiffe und Flöße vom Leinpfad aus fortzubewegen und unter Umständen die Anlieger das Landen und Befestigen von Schiffen und Flößen zu gestatten haben. Dieses sog. Leinpfad- und Anlegerecht ist Zubehör des allgemeinen Schiffahrtsrechtes und somit eine Art des Gemeingebrauches. Dies ist im Gesetz auch dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die Bestimmungen darüber unter die Vorschriften über den Gemeingebrauch aufgenommen worden sind.

Abgesehen von dem Leinpfad- und Anlegerecht gibt jedoch der Gemeingebrauch nicht die Befugnis, in die Rechte des Eigentümers der Ufergrundstücke einzugreifen. Wo nicht öffentliche Plätze oder Wege unmittelbar an das Wasser grenzen, ist in der Regel das Eigentumsrecht oder ein sonstiges dingliches oder persönliches Privatrecht zur Benutzung des Ufergrundstückes, das als Zugang zum Wasser dient, Voraussetzung für die Ausübung des Gemeingebrauches. Ein allgemeines Notwegerecht zum Wasser zum Zwecke der Ausübung des Gemeingebrauches kennt das Gesetz nicht. Im § 38 WG. ist dies ausdrücklich festgestellt.

Dieser Grundsatz gilt entsprechend auch für alle anderen Gemeingebrauchssachen.

Häfen sollen Seeschiffen oder Binnenfahrzeugen eine geschützte Unterkunft oder darüber hinaus eine bequeme Möglichkeit zum Laden und Löschen geben. Demgemäß unterscheidet man See- und Binnenhäfen, Schutz- und Verkehrshandelshäfen.[64] Die Arten des Gemeingebrauches sind je nach der Gattung des Hafens, um den es sich handelt, ver-

64) Fleischmann, a.a.O. S. 305.

schieden und sind im einzelnen in den lokalen Hafenordnungen geregelt.

Der Inhalt des Gemeingebrauches am Meeresstrande ist nicht ausdrücklich gesetzlich festgelegt worden. Er ergibt sich einmal aus der natürlichen Beschaffenheit der Meeresufer, vor allen Dingen aber daraus, daß sich der Staat die Nutzungen daran, als sog. niedere Regalien, vorbehalten hat.[65] Es ist davon auszugehen, daß bei Ausübung der Nutzung ein dauernder wirtschaftlicher Vorteil und mit ihm ein Rechtsgut verbunden ist, während beim Gemeingebrauch der Vorteil lediglich in der vorübergehenden Befriedigung eines Bedürfnisses besteht, die Rechtswirkungen also in dem Akte selbst sich erschöpfen.[66] So rechnet man zu den Gemeingebrauchsarten der Meeresufer das Gehen, Fahren, Reiten, Anlanden, Netzetrocknen und, was heute von besonderer Bedeutung ist, das Baden und Aufstellen von Standkörben, nicht aber das Sammeln von Muscheln, Bernstein, Seegras u. ä. Dort, wo Badeanstalten errichtet sind, sind diese als ein neuer Erwerbszweig, und somit als neue Nutzung des Meeresstrandes, zu betrachten.[67]

Diese Nutzungen stehen gemäß II 14 § 24 ALR. als Regal dem Staate zu, können aber auch von Privatpersonen und Kommunen erworben und ersessen werden.[68]

Ueber die Abgrenzung der Befugnisse der Gemeingebrauchsberechtigten untereinander sagt das ALR. [69] „Den Gebrauch der Landstraßen muß ein jeder so ausüben, daß der andere an dem gleichmäßigen Gebrauche des Weges nicht gehindert wird, noch zu Zänkereien oder gar Tätlichkeiten über das Ausweichen Anlaß gegeben wird." In diesem Sinne trifft das Wassergesetz[70] für die Ausübung des Gemeingebrauches an den Wasserläufen die Anordnung, daß dadurch anderen der Gemeingebrauch nicht unmöglich gemacht oder erheblich erschwert werden darf.

Derartige Bestimmungen gelten entsprechend auch für alle anderen öffentlichen Sachen i. e. S., sodaß der allgemeine Grundsatz aufgestellt werden kann: Die Gebrauchs-

65) A.L.R. II 14 § 24.
66) Helfritz, a.a.O. S. 67.
67) cf. Helfritz, a.a.O. S. 87.
68) A.L.R. II 14 § 26.
69) II 15 § 25.
70) § 37.

möglichkeiten an den Gemeingebrauchssachen stehen allen Gemeingebrauchsberechtigten gleichmäßig zu, jedoch mit der Beschränkung, daß der Ausübung des Gemeingebrauches seitens des einzelnen durch die gleiche Befugnis aller, welche sich in der Lage befinden, von den dem Gemeingebrauche unterliegenden Gegenständen Gebrauch zu machen, eine Grenze gezogen wird.[71]

Dies ist zu unterscheiden von einem Ueberschreiten der Grenzen des Gemeingebrauches, die mit der Widmung in Widerspruch stehen. Auch innerhalb dieser Grenzen kann die Benutzung von einer Seite mehr oder weniger intensiv sein als von einer anderen.

Vom Gemeingebrauche zu unterscheiden ist die Sondernützung, der Vorzugsgebrauch, an öffentlichen Sachen. Er besteht entweder in einer dauernden oder in einer besonders intensiven Benutzung der Sache, die den Gemeingebrauch teilweise beeinträchtigt oder die nur durch eine Veränderung in der Substanz der öffentlichen Sache ermöglicht wird. Es empfiehlt sich, hier eine Unterscheidung zu machen, und zwar muß man den gesteigerten Gemeingebrauch, nach Gierke Gebrauchserlaubnis, von den Sondernutzungsrechten trennen. Derartige Vorzugsrechte können nur durch obrigkeitliche Verleihung, wozu unter Umständen noch die Genehmigung des Eigentümers der Sache treten muß, erworben werden. „Die Kompetenzen der öffentlichen Behörden zur Verleihung von Sondernutzungsrechten kann aus alten iura regalia hergeleitet sein oder darin ihren Grund haben, daß die Gesetze, welche den Gemeingebrauch gewährleisten, gleichzeitig die Verwaltungsbehörden ermächtigen, einzelnen Personen eine Form der Benutzung zu gestatten, die eine dauernde Belastung der öffentlichen Sache nach sich zieht."[72]

Ein näheres Eingehen auf Entstehung und Rechtsnatur dieser Vorzugsrechte würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung überschreiten.

Kein Vorzugsrecht entsteht an sich durch die besonderen Vorteile, die der Gebrauch öffentlicher Sachen i. e. S., namentlich der Wege und Gewässer, den Anliegern gewährt.[73] Für den Besitzer einer solchen Liegenschaft bildet der Vorteil

71) cf. R.G.Z. 16, S. 146.
72) Fleiner, a.a.O. § 23, II, 3.
73) cf. Gierke, D.Pr.R. II, S. 27.

der Lage einen Bestandteil seines Vermögens. Daraus hat man den Rechtssatz herleiten wollen, dem Anlieger ständen besondere subjektive Anliegerrechte gegen Staat oder Gemeinde zur Seite. Diese Auffassung ist zu verwerfen. Der Anlieger besitzt keinen höheren Anspruch auf den Gemeingebrauch als jeder andere Gemeingebrauchsberechtigte. Lediglich ein tatsächliches Moment, seine Lage, zeichnet ihn vor anderen aus. Dies setzt ihn in den Stand, den Gemeingebrauch stärker zu nutzen, als es anderen Berechtigten möglich ist. Nicht das Recht, sondern das wirtschaftliche Interesse ist bei dem Anlieger größer als bei den meisten seiner Mitberechtigten.[74] Das Anliegerrecht ist also nichts anderes als eine besondere Erscheinungsform des Gemeingebrauches.

5. Kapitel:

Die theoretische Konstruktion des Gemeingebrauches.

I. Der Gemeingebrauch als Privatrecht.

Das Eigentümliche des Gemeingebrauches liegt in seiner zweifachen Bestimmung, kraft deren er zugleich dem Gemein- und dem Einzelinteresse dient.

Als was stellt sich nun die Gemeingebrauchsbefugnis für den einzelnen Berechtigten dar? Ist sie ein Recht? Wenn ja, wem steht dieses Recht zu, der Allgemeinheit als solcher oder dem Einzelnen? Gehört es dem Privatrecht oder dem öffentlichen Rechte an? Gewährt es einen subjektiven Anspruch gegen den Staat auf Gebrauchsgewährung?

Wenn auch der Begriff des Gemeingebrauches schon alt ist, so herrscht doch auch jetzt noch keine Einigkeit über die Lösung dieser Fragen.

Bei der Frage, wer als Gemeingebrauchsberechtigter zu gelten hat, „hat zunächst der Begriff des „Publikums" auszuscheiden. Rechtsbeziehungen bestehen zwischen Person und Person oder zwischen Person und Sache. Aber das Publikum ist keine Person im Rechtssinne, weder eine physische noch eine juristische. Es bedeutet eine Menschenmenge schlechthin, die einem Organ der Staatsgewalt, einer Person, einer Sache oder einem Ereignis gegenübersteht. So können also ledig-

---

74) cf. Fleiner, a.a.O. S. 377.

lich die menschlichen Einzelwesen hier in Frage kommen."[75]

Für das gemeine Recht war eine verbreitete Ansicht, die Gemeingebrauchsbefugnis als ein Privatrecht zu betrachten. [76]

Man ging davon aus, daß der einzelne in seinem allgemeinen oder besonderen Interesse auf Teilnahme im Gemeingebrauche gestört werden könnte. Dadurch konnte ein nachteiliger Einfluß auf den Vermögensstand des Geschädigten ausgeübt werden. Es erschien also als ein Gebot der Billigkeit, dieses Interesse zu schützen. Das geeignet Mittel in diesem Zusammenhange konnte nur eine Geldentschädigung sein. Eine sichere Grundlage für einen derartigen Ersatzanspruch glaubte man bei der damals vorherrschenden privatrechtlichen Aufassung aller Rechtsinstitute ausschließlich in einem Rechtsinstitute des Zivilrechts finden zu können.[77]

Ueber die Konstruktion eines derartigen Privatrechtes gingen allerdings die Meinungen auseinander.

War aber schon im gemeinen Recht eine privatrechtliche Natur des Gemeingebrauches bestritten, „so läßt sich für das preußische Recht das Vorhandensein eines solchen mindestens nicht beweisen.[78] Auf jeden Fall aber ist, falls ein Privatrecht auf den Gemeingebrauch bestanden haben sollte, dieses durch das Inkrafttreten des BGB. beseitigt.[79]

Nach dem BGB. ist ein subjektives Privatrecht auf den Gemeingebrauch nicht anzuerkennen. Ein Sachenrecht kann es nicht sein. Denn die Sachenrechte sind — abgesehen von den aufrecht erhaltenen landesrechtlichen, zu denen jedoch der Gemeingebrauch nicht gehört — im BGB. abschließend aufgezählt und geregelt. Seinem Inhalte nach könnte es eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit sein.[80] Eine solche kann aber nur durch Rechtsgeschäft begründet werden, entsteht nicht, wie die Gemeingebrauchsbefugnis, unmittelbar kraft Gesetzes.

Ein Recht der Persönlichkeit, wie es z. B. Oertmann[81] annimmt, kommt ebensowenig in Frage. Die heutige Ge-

75) Helfritz, a.a.O. S. 77.
76) Bekker, a.a.O. System. I § 78; § 342; Regelsberger, a.a.O. I § 113 S. 422; Ubbelohde, a.a.O. IV S. 174.
77) cf. Mayer, D.V.R. II, S. 136; Reiners a.a.O. S. 67.
78) Biermann, a.a.O. S. 43.
79) E.G. B.G.B. Art. 55.
80) § 1090 B.G.B.
81) B.L.Pr.R. S. 392.

setzgebung weiß von diesem spezifischen Persönlichkeitsrechte nichts. „Seine Grundlage könnte daher nur eine gewohnheitsrechtliche sein; seine Existenz müßte vor allem dadurch sich äußern, daß es durch die überwiegende Theorie und Praxis anerkannt würde, wovon aber, zur Zeit wenigstens, kaum gesprochen werden kann."[82]

Ebensowenig ist nach dem BGB. ein privatrechtlicher obligatorischer Anspruch auf den Gemeingebrauch anzuerkennen. Ein Anspruch dieser Art müßte sich gegen den Eigentümer oder sonstigen Berechtigten richten. Eine solche Beziehung zwischen dem Eigentümer und dem Gemeingebrauchsberechtigten hat aber das Gesetz nirgends anerkannt.

Das BGB. enthält also keine Rechtsnormen, die den Gemeingebrauch irgendwie berühren und einen Anhaltspunkt für die Entscheidung unserer Frage bieten. Es ist daher auch die in Theorie und Praxis herrschende Meinung, den Gemeingebrauch nicht in das Gebiet des Privatrechts einzuordnen. Schon in den Motiven zum BGB.[83] ist ausgeführt: „Nach der modernen Organisation des Staatslebens bildet die Regelung des Gemeingebrauches an den öffentlichen Sachen einen Bestandteil der Verwaltungsgesetzgebung."

II. **Der Gemeingebrauch als Verknüpfung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Elemente.**

Eine andere Ansicht sieht in der Gemeingebrauchsbefugnis eine Verknüpfung öffentlich-rechtlicher Elemente mit privat-rechtlichen. Am schärfsten formuliert Bolze[84] diese Anschauung von der Zwitternatur der Gemeingebrauchsbefugnis.

Für ihn stellt die Herstellung und Gebrauchseinräumung der öffentlichen Sachen eine Aufgabe des Staates dar, zu der dieser seinen Angehörigen gegenüber verpflichtet ist. Die Benutzung dieser Einrichtungen geschieht daher auf Grund der Verbandszugehörigkeit. Der Gemeingebrauch ist also insoweit ein Ausfluß der genossenschaftlichen Beziehungen zwischen dem Staate und seinen Angehörigen.

Darin, daß der Einzelne vom Staate kraft seiner Mitgliedschaft ein Gebrauchsrecht der öffentlichen Sachen im

82) Staudinger, a.a.O. I, Vorbem. zu § 90 VII, 2 b.
83) II, S. 765; E.G. 97.
84) a.a.O. S. 75.

engeren Sinne eingeräumt erhält, erschöpft sich jedoch nicht seine Berechtigung. Sie stellt nach Bolze nur eine Seite des Rechtsverhältnisses dar. Soweit nämlich der Einzelne nicht in Ausübung der ihm gegen die Gesamtheit obliegenden Pflichten sich der Gemeingebrauchssachen bedient, tut er es zu eigenen Zwecken. Diese Möglichkeit, eigene Interessen mit der Benutzung dieser Sachen zu verfolgen, offenbart — so sagt Bolze — die privatrechtliche Seite der Gemeingebrauchsbefugnis.[85]

Dem ist entgegenzuhalten, daß es eine willkürliche Grenze ziehen heißt, wenn man nur diejenige Benutzung der dem Gemeingebrauche gewidmeten Sachen als eine dem öffntlich-rechtlichen Charakter entsprechende bezeichnen will, die unmittelbar den Zwecken des Staates zugute kommt. Denn „der Charakter einer öffentlich-rechtlichen Befugnis wird dadurch nicht geändert, daß dieselbe im einzelnen Falle den privatwirtschaftlichen Interessen des Einzelnen zu dienen geeignet ist."[86]

III. Gemeingebrauch als Ausfluß der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit.

So wird gegenwärtig in Theorie und Praxis nahezu einstimmig angenommen, daß die Materie des Gemeingebrauches dem öffentlichen Rechte angehört. Nichtsdestoweniger gehen aber die Meinungen über die Rechtsnatur dieser öffentlich-rechtlichen Gemeingebrauchsbefugnis auseinander. Sie stufen sich ab vom bloßen „Ausfluß der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit" über den „Reflex objektiver Rechtsnormen bis zum „subjektiven öffentlichen Recht".

Die erstere Auffassung wird hauptsächlich von O. Mayer[87] und seinen Anhängern vertreten. Nach dieser Ansicht ist der Gemeingebrauch die in die Freiheit des einzelnen gestellte bestimmungsgemäße Benutzung der solchem Dienste gewidmeten öffentlichen Sachen. Auf diese Benutzungsbefugnis paßt keine der Formen zivilrechtlicher Befugnisse, aber auch ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten lehnt Mayer ab. Um Subjekt des Benutzungsanspruchs zu sein, genüge Zugehörigkeit zu jener

---

85) cf. Rosenfeld, a.a.O. S. 21.
86) v. Stengel, a.a.O. S. 40.
87) D.V.R. II § 37.

großen Gesellschaft, die als Publikum der öffentlichen Gewalt gegenübersteht. Und so sei denn schließlich dieser Anspruch „nichts anderes als ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, mit welcher der Mensch in unserer bürgerlichen Gesellschaft der öffentlichen Gewalt wie den Mitmenschen gegenüber ausgestattet erscheint, mit welcher er darin aufgenommen ist als der Voraussetzung für alles übrige.[88] Oder wie es Schelcher ausdrückt: Der Gemeingebrauch an den hier behandelten Sachen bildet die „Betätigung der natürlichen Freiheit in Bezug auf einen Teil der Erdoberfläche."

Die Vertreter dieser Ansicht berufen sich einmal darauf, daß in den gesetzlichen Vorschriften, in denen vom Gemeingebrauche die Rede ist, ein Recht des Einzelnen nicht ausdrücklich statuiert werde und daß in etwas verschwommenen Ausdrücken, wie „gestatten", „dürfen", „ist zu benutzen" usw. eine Befugnis als selbstverständlich vorausgesetzt werde, aber nicht gesagt werde, daß für den Einzelnen ein verfolgbares Recht auf den Gemeingebrauch bestehe, sondern nur, daß derselbe nicht verboten sei. Das bedeute nicht die Einräumung eines subjektiven Rechtes, sondern lediglich die Feststellung der natürlichen Handlungsfreiheit.

Darauf ist zu erwidern, daß diese eben angeführten allgemeinen Ausdrücke weder einen Beweis für noch gegen die Natur des Gemeingebrauches als subjektives Recht liefern. Es ließe sich eine ganze Reihe von Gesetzesbestimmungen aufzählen, in denen durch solche allgemeinen Worte Befugnisse eingeräumt werden, über deren Eigenschaft als subjektives Recht kein Zweifel besteht.

Den Einwand O. Mayers,[89] daß der Gemeingebrauch schon vor dem Inkrafttreten der ihn statuierenden Gesetze bestanden habe und durch die zitierten Gesetzesbestimmungen nicht anders geworden sei, und daß er geradeso auch in Rechtsgebieten bestehe, für die eine gesetzliche Erwähnung überhaupt nicht vorliege, kann man eher als Argument gegen als für die Natur des Gemeingebrauches als Ausfluß der persönlichen Freiheit anführen. Der vorgeschichtliche Mensch bediente sich der Erde und ihrer Erzeugnisse, um sein Leben zu fristen. Das war allerdings nicht Aus-

88) Helfritz, a.a.O. S. 75.
89) D.V.R. II, S. 112.

übung eines Rechtes, sondern rein tatsächliche Benutzung. Seitdem sind aber die Lebensgüter zu Rechtsgütern geworden. In Preußen ist dies auch hinsichtlich der hier behandelten Gemeingebrauchssachen der Fall; denn wie oben dargestellt wurde, stehen die Gemeingebrauchssachen im privatrechtlichem Eigentum, das mit der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Duldung des Gemeingebrauchs belastet ist.

Bei der Betrachtung der öffentlichen Sachen im engeren Sinne bleiben olso als getrennte Ausgangspunkte das Privateigentum und die landeshoheitliche Gewalt. Dem steht gegenüber der zum Gemeingebrauch Berechtigte. Geht man aber von diesen Gesichtspunkten aus, so ist die Erklärung des „Anspruchs" auf den Gemeingebrauch als ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit wenig befriedigend. Zunächst muß es auffallen, daß überhaupt das Wort Anspruch gebraucht wird, wenn nur Freiheit gemeint ist. Zwar bildet der Begriff des Anspruchs keinen Gegensatz zu dem der persönlichen Freiheit. Denn jeder Anspruch erweitert schließlich die Grenzen der Freiheit des Handelns. Aber die persönliche Freiheit enthält noch die Befugnis zur Benutzung einer fremden Sache und den Anspruch, in der Benutzung dieser Sache nicht gestört zu werden, so wenig wie etwa die Gewerbefreiheit dem Bäcker die Benutzung eines Backofens oder dem Drechsler die Benutzung einer Drehbank zur Verfügung stellt.[90]

Die dem Gemeingebrauch unterliegenden Sachen müssen erst dieser ihrer Bestimmung gewidmet werden, ehe die Gemeingebrauchsbefugnis entsteht. Wäre diese Befugnis aber ein Ausfluß der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, dann wäre doch eine Indienststellung der öffentlichen Sachen i. e. S. gar nicht erst nötig.

IV. **Der Gemeingebrauch als Reflex objektiver Rechtsnormen.**

So bleiben noch die beiden anderen Meinungen übrig, wonach die Gemeingebrauchsbefugnis sich entweder als ein „Reflex objektiver Rechtsnormen"[91] oder als subjektives öffentliches Recht darstellt.

Der Begriff eines Reflexes objektiver Rechtsnormen

---

90) cf. Helfritz, a.a.O. S. 77.
91) So Jellinek. a.a.O. S. 70 ff.

ist von Jellinek[92] aufgestellt worden. Dieser geht von folgenden Gesichtspunkten aus: Der Staat hat die im Gesetze garantierten Rechte dem Einzelnen zu gewährleisten. Der Einzelne hat gegenüber der den Staat vertretenden Behörde den sog. „Gesetzesvollziehungsanspruch", d. h. er kann die Einhaltung des objektiven Rechts verlangen. Die Gesetzesvorschriften enthalten in diesem Falle nur Normen objektiven Rechts, ihr Adressat ist die Behörde, und dem Untertan kommt der materielle Erfolg der einzelnen Rechtsvorschrift als eine Reflexwirkung der Gesetzesvollziehung zu. Jellinek will also unter Reflexwirkung einen Zustand begriffen wissen, wonach Rechtssätze des öffentlichen Rechts im gemeinen Interesse den staatlichen Organen ein bestimmtes Tun oder Unterlassen gebieten, so daß „das Resultat dieser Aktion oder Nichtaktion bestimmten Individuen zugute kommt, ohne daß die Rechtsordnung beabsichtigte, die Rechtssphäre gerade dieser Personen zu erweitern." Das materielle Kriterium eines subjektiven öffentlichen Rechts könne aber überall nur in der Konstatierung eines von der öffentlichen Rechtsordnung ausdrücklich oder implicite anerkannten Individualinteresses liegen. Ein Individualvorteil ist aber auch bei den „Reflexwirkungen" des hier in Frage kommenden Rechts anerkannt, da die Tätigkeit der öffentlichen Behörden „bestimmten Individuen zugute kommt"[93] Außerdem aber liegt doch beim Gemeingebrauche zweifellos ein ebenso starkes Individualinteresse vor, wie z. B. bei der Ausübung des aktiven politischen Wahlrechts, und doch wird dieses von Jellinek[94] und auch von Anschütz,[95] der gleich diesem dem Gemeingebrauche die Natur eines subjektiven Rechts abspricht,[96] als solches anerkannt.

Aber so möchte ich mit Helfritz[97] fragen: „wird die Wissenschaft überhaupt den künstlichen Bau des Unterschiedes zwischen subjektiv-öffentlichem Recht und Reflex objektiven Rechts oder gar „Reflexrecht" in der bisherigen Form aufrecht erhalten können? Entspringt nicht auch jedes subjektive Recht einer Norm des objektiven Rechts, so daß man es mit dem gleichen Grunde als Reflex objektiven Rechts bezeichnen

92) Syst. d. subjek. öfftl. Rechte.
93) cf. Oswald, a.a.O. S. 48.
94) a.a.O. S. 160 ff.
95) Dtsch. Staatsr. S. 87 ff.
96) Arch. öff. R. V., S. 108.
97) a.a.O. S. 77 ff.

kann? Wenn man aber weiter den Reflex objektiven Rechts gleichsetzt mit einem „allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch", so begegnen sich hier Anspruch und subjektiv öffentliches Recht auf der gleichen Linie, denn dem subjektiven Recht entspringen doch Ansprüche, andererseits soll der „Reflex" doch gerade kein „Recht" sein, und nun gewährt er wie jenes einen Anspruch."

V. Der Gemeingebrauch als subjektives öffentliches Recht.

So muß man m. E. zu dem Ergebnis kommen, daß die Gemeingebrauchsbefugnis an den hier behandelten Sachen als subjektiv öffentliches Recht anzusehen ist, das dem einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten dem Herrn der öffentlichen Sache, also hier dem preußischen Staate, gegenüber zusteht.[98]

Von wem wird nun der Kreis der Gemeingebrauchsberechtigten gebildet? Wie oben ausgeführt wurde, muß vom Einzelindividuum als Rechtsträger ausgegangen werden. Abzulehnen ist die Meinung derer, die jedem Menschen, gleichgültig ob In- oder Ausländer, ein Recht auf Ausübung des Gemeingebrauches zubilligen. Sie berufen sich darauf, daß der Ausländer den Gemeingebrauch ebenso ungestört wie der Inländer ausübe.

Es sei mir gestattet, gegen diese Auffassung eine Stelle aus der schon oben erwähnten Abhandlung Helfritz's anzuführen. Dort heißt es betreffs des Gemeingebrauches am Meeresstrande:[99] „Wenn, wie es vorgekommen ist, Fischer aus Ortschaften eines Nachbarstaates, denen es an genügender Flachküste fehlt, fast täglich an unserem Ufer landeten, um ihre Netze zu trocknen, und damit den Platz für die einheimischen Fischer beschränkten, oder wenn englische Sportsegler eine ausgesprochene Neigung zu Spaziergängen an unserem Strande gerade zu Zeiten militärischer Uebungen zeigten, so genügen diese wenigen Beispiele, um die Notwendigkeit darzutun, den Kreis der zum Gemeingebrauche Berechtigten auf die Staatsangehörigen zu beschränken." Dies ist folgerichtig auch auf den Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen, Flüssen und Häfen anzuwenden.

---

98) cf. Gierke, D.Pr.R. II, S. 8; Helfritz, a.a.O. S. 80; v. Stengel, a,a,O, § 7, II, 3,
99) Helfritz, a.a.O. S. 79.

Der Grundsatz, daß den Staatsfremden nicht ohne weiteres ein Recht auf den Gemeingebrauch zusteht, zeigt sich auch darin, daß z. B. die Benutzung öffentlicher Wasserläufe, Häfen und Wege durch Personen, die dem Staate nicht angehören, teilweise durch besondere rechtliche Satzung geregelt ist, z. B. durch völkerrechtliche Bestimmungen über den Gebrauch internationaler Flüsse, ferner durch Staatsverträge, die dem Ausländer die gleiche Rechtsstellung wie den Staatsangehörigen zusichern. Diese Abmachungen beweisen, daß man die Gleichberechtigung der Ausländer mit den Inländern nicht für selbstverständlich hält. Die Hervorkehrung dieses allgemeinen Grundsatzes, daß der Ausländer kein Anrecht auf den Genuß der inländischen Einrichtungen hat, ist von Interesse, weil eben hierdurch der Kreis der zum Gemeingebrauche Berechtigten seine Abgrenzung erhält.

Auch die Praxis hat das Moment der Staatsangehörigkeit für die Charakterisierung des Rechts auf den Gemeingebrauch in Betracht gezogen. Eine Entscheidung des Obertribunals[100] stellt fest, daß auf Grund des Gemeingebrauchsrechts den Staatseinwohnern, „geschweige fremden Reisenden", kein vor dem Richter geltend zu machendes Privatrecht erteilt sei, den Fiskus zur Unterhaltung und Besserung der Landstraßen zu zwingen. Ebenso spricht das Reichsgericht[101] über die Frage, inwieweit „den einzelnen Mitgliedern der Staatsgemeinschaft" eine Befugnis zur Ausübung des Gemeingebrauches zustehe, und andere Entscheidungen mehr.

Diese Ansicht entspricht auch der Gesetzgebung des ALR., wonach die Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen als gemeines Eigentum „des Staates" erklärt wurden, d. h. der Gemeingebrauch steht als Recht den Angehörigen des Staates, nicht auch den anderen Personen zu.[102] Dies erhellt auch aus dem in der Einleitung zum ALR.[103] ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze, nach welchem sich Fremde der Rechte der Einwohner nur erfreuen sollen, solange sie sich „des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig zeigen". Wenn die Bestimmungen

---

100) XX. S. 401.
101) R.G.Z. I, S. 366 f.
102) cf. Helfritz, a.a.O. S. 79,
103) § 43.

des allgemeinen Landrechts über den Gemeingebrauch an den Wasserläufen auch durch das Preußische W.G. ersetzt sind, so ist damit doch der Kreis der Gemeingebrauchsberechtigten über die Staatsangehörigen hinaus nicht erweitert worden.

Einer Zurücksetzung der Angehörigen anderer deutscher Länder wird durch Art. 110 RV. vorgebeugt. Danach hat „jeder Deutsche in jedem deutschen Lande die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst.“

Das Recht auf den Gemeingebrauch steht also nur den Angehörigen des Staates zu, und zwar nicht auf Grund besonderer Rechtstitel, sondern lediglich auf Grund der Zugehörigkeit zum Staate. Es fließt also für den Einzelnen unmittelbar aus seiner Gliedstellung am gesellschaftlichen Körper und stellt sich daher als ein Mitgliedschaftsrecht dar. Das Recht auf den Gemeingebrauch ist „ein publizistisches Persönlichkeitsrecht, das sich dem Gemeinwesen gegenüber in einem positiven Anspruch auf Mitgebrauch der öffentlichen Sache, allen anderen Personen gegenüber in dem negativen Anspruch auf Unterlassung jeder diesen Mitgebrauch störenden Handlung äußert.“[104]

Diese Anschauung, die Gemeingebrauchsbefugnis als ein öffentlich-rechtliches Mitgliedschaftsrecht anzusehen, entspricht auch der historischen Entwicklung des deutschen Rechts. Die wichtigsten öffentlichen Sachen traten ursprünglich auf als gemeinsame Anstalten öffentlicher Vereinigungen. Die Wege, Plätze, Brunnen usw. waren Gesamteigentum der Gemeinde. [105] Aus diesem Gesamteigentume floß das genossenschaftliche Recht der Mitglieder auf bestimmungsgemäße Benutzung der öffentlichen Sachen. Der Unterschied zwischem öffentlichem und Privatrecht war noch völlig verwischt.[106] Allmählich tritt die Genossenschaftsidee zurück und die Vorstellung eines Hoheitsrechtes übernimmt ihre Stelle. Der Obrigkeit unterliegt die Aufsicht über die Wege, Flüsse usw., und statt des ursprünglichen Miteigentums steht dem Einzelnen nur noch ein unmittelbares Nutzungsrecht zu.[107] Die Gemeindeangehörigkeit erhält die Gestalt des von privatrechtlichen Elementen befreiten Bürgerrechts. Das Recht

104) Gierke, D.Pr.R. II, S. 25; Genossenschaftsth. S. 193 ff.
105) Gierke, Gen.R. II, § 26, S. 667 ff.
106) Gierke, Gen.R. II, § 25, V.
107) cf. O. Mayer, II, § 37 I.

auf den Gemeingebrauch wird ein Bestandteil dieses entstehenden öffentlich-rechtlichen Bürgerrechts.[108]

6. Kapitel:

Der Schutz des Gemeingebrauches.

I. Verwaltungsrechtlicher Schutz.

A. Gegenüber Privatpersonen.

Die Frage des Schutzes des Gemeingebrauches ist insofern unter zwei Gesichtspunkten zu betrachten, als sowohl für den Herrn der öffentlichen Sache als auch für den einzelnen Berechtigten ein Interesse am Schutze des Gemeingebrauches besteht. Der objektive Schutz, den die Behörde ausübt und das Gesetz überhaupt im allgemeinen bietet, stellt sich gleichzeitig auch als subjektiver Schutz des Einzelnen dar, beide Wirkungen laufen parallel. Wenn dieser Schutz also auch schon dem einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten zugute kommt,so taucht doch weiter die Frage auf: Stehen auch dem Einzelnen Mittel gegen Beeinträchtigungen des Gemeingebrauches durch den Eigentümer der Sache, andere Gemeingebrauchsberechtigte oder sonstige Dritte oder auch durch Staat und Verwaltungsbehörden zu, und welche Mittel sind dies?

Der Hauptschutz des Gemeingebrauches liegt auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes.

Dem Eigentümer der dem Gemeingebrauche unterliegenden Sache gegenüber ergibt er sich daraus, daß die mit dem Gemeingebrauche belasteten Sachen der oben erwähnten „objektiven Zweckgebundenheit" unterliegen.

Welche Wirkungen hat dies nun im einzelnen? Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen findet man darüber kaum. Im ALR. heißt es betreffs der Land- und Heerstraßen einmal:[109] ohne besondere Erlaubnis darf sich niemand eine Verfügung über solche Straßen aneignen. Und im Wassergesetz[110] ist die Bestimmung enthalten, daß durch die Ausübung der Rechte des Eigentümers der Gemeingebrauch an den Wasserläufen ohne erheblichen Grund nicht erschwert oder unmöglich gemacht werden darf

108) cf. Gierke, Gen.-Th. S. 176, 181, 193, 194.
109) A.L.R. II, 15, § 11.
110) § 36 W.G.

Im übrigen hat die Gesetzgebung nur wenig eingewirkt. Die Wirkungen der Zweckgebundenheit sind vielmehr aus der Natur dieser öffentlich-rechtlichen Belastung und aus dem Gewohnheitsrecht, das sich gebildet hat, zu entnehmen. Aus der Bestimmung der Gemeingebrauchssachen wird nämlich der Rechtssatz gefolgert, daß alle diejenigen Verfügungen über die Gemeingebrauchssachen, die im Widerspruch mit ihrer Zweckwidmung stehen, ausgeschlossen sind und Rechte, die diesem Zwecke widersprechen, daran nicht begründet werden können. Diese Beschränkung, welcher die Gemeingebrauchssachen unterliegen, bedeutet nun einzelnen folgendes:[111]

Einmal können Einwirkungen Dritter auf die Sache, welche deren Zweckbestimmung, also dem Gemeingebrauche, gemäß sind, vom Eigentümer nicht verhindert werden. Auch dem Fiskus steht es nicht zu, auf Grund seines Eigentums den Gemeingebrauch auszuschließen oder einzelne Beteiligte daran zu hindern.

Tatsächliche Verfügungen des Eigentümers, welche der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache im engeren Sinne widerstreiten, wie z. B. Sperrung eines öffentlichen Weges, sind verboten. Im übrigen kann natürlich der Eigentümer gemäß § 903 BGB. mit der Sache nach Belieben verfahren, soweit nicht noch andere Gesetze und Rechte Dritter entgegenstehen.

Rechtliche Verfügungen über die Gemeingebrauchssachen, durch welche sie ihrer Zweckbestimmung ganz oder teilweise entzogen werden, sind unzulässig, also gemäß § 134 BGB. nichtig. Werden an Gemeingebrauchssachen Grunddienstbarkeiten oder Nießbräuche bestellt, welche dem Gemeingebrauch widerstreiten, so sind sie nichtig. Auch die Uebereignung kann hierher gehören. Notwendig ist dies aber nicht. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß durch eine derartige rechtliche Verfügung der Zweck der Sache, den der Gemeingebrauch bedingt, nicht beeinträchtigt wird.

Richten die im Vorhergehenden aufgezählten Beschränkungen sich gegen den Eigentümer selbst, so müssen natürlich auch Veränderungen der Rechtslage von dritter Seite, gegen welche die Zweckbestimmung der Sache empfindlich ist, ausgeschlossen werden. Daher können auch auf andere

111) Vgl. hierzu Biermann, a.a.O. S. 24 ff. und S. 39 ff.

Weise als durch eine Verfügung des Eigentümers keine Rechte an den Gemeingebrauchssachen erworben werden, welche deren Zweckbestimmung widerstreiten, so insbesondere nicht durch Ersitzung, Pfändung oder Zwangsvollstreckung.[112]

Obligatorische Geschäfte über öffentliche Sachen im engeren Sinne, deren Erfüllung die Zweckwidmung der Sache berühren würde, fallen unter § 309 BGB., sind also nichtig.

Das Eigentum an den Gemeingebrauchssachen ist demnach sowohl in Ansehung tatsächlicher als auch rechtlicher Verfügungen, welche diese Sachen ihrem öffentlich-rechtlichen Zwecke entfremden, beschränkt.

Diese aus dem Begriffe des Gemeingebrauchs gezogenen Rechtsfolgerungen sind mit dem BGB. sehr wohl zu vereinbaren. Das BGB. hat nicht etwa, weil es die Gemeingebrauchssachen nicht erwähnt, deren Existenz leugnen wollen. Im Art. 111 EG. BGB. ist vielmehr ausdrücklich bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken, durch die Vorschriften des BGB. unberührt bleiben. Hierdurch wird es der Landesgesetzgebung ermöglicht, die Norm des § 903 BGB. zu durchbrechen.

Ob die Beschränkung des Eigentums in Ansehung rechtlicher Verfügungen dem BGB. widerspricht, hängt davon ab, zu welchem Rechtsgebiete diese Vorschriften zu rechnen sind. Gehören sie dem Privatrecht an, dann haben sie mit Inkrafttreten des BGB. geendet, sind sie aber öffentlich-rechtlicher Natur, dann gelten sie auch heute noch. Mag man „unter öffentlichem Recht im Gegensatz zum privaten dasjenige verstehen, welches dem Nutzen der Allgemeinheit, nicht bloß dem Nutzen einzelner dient, so ist kein Zweifel, daß die in Rede stehende Verfügungsbeschränkung öffentliches Recht ist. Aber auch dann, wenn man öffentliches Recht nur dasjenige nennt, welches staatliche oder sonstige obrigkeitliche Interessen schützt, muß man die Verfügungsbeschränkungen zum öffentlichen Rechte rechnen. Denn das Interesse des Gemeingebrauchs ist ein Interesse, dessen Befriedigung zu den Aufgaben der Obrigkeit gehört."[113]

---

112) Dernburg, Pr. Privatr. I, § 67, S. 137.
113) Biermann, a.a.O. S. 39.

Auch diese Eigentumsbeschränkungen sind also mit dem BGB. sehr wohl zu vereinbaren, d. h. also rechtliche Verfügungen über Gemeingebrauchssachen sind unwirksam, wenn sie deren Zweckbestimmung beeinträchtigen oder unmöglich machen.

Diese Beschränkungen haben einmal zur Folge, daß derjenige, der ein dem Gemeingebrauch widersprechendes Recht im Rechtswege geltend machen will, keinen Erfolg damit hat.

Insbesondere steht aber die Sorge dafür, daß Eingriffe in den Gemeingebrauch vermieden werden, der Verwaltungsbehörde als sog. „Polizei des Gemeingebrauchs" zu, denn den Gemeingebrauch zu regeln und zu schützen gehört zu den Rechten und Pflichten der Polizei.[114]

Ein solches Einschreiten der Polizei kann einmal erforderlich werden bei Eingriffen durch den Eigentümer der Gemeingebrauchssache. Derartige Eingriffe stören den Gemeingebrauch und somit die öffentliche Ordnung.

Auch der Schutz des Gemeingebrauchs gegenüber denjenigen, die kraft einer Gebrauchserlaubnis oder einer Verleihung eine ausgedehntere Befugnis zur Benutzung der öffentlichen Sachen haben, gehört zu den Aufgaben „der Polizei des Gemeingebrauches". Denn die Regelung der Befugnis zwischen den Gemeingebrauchsberechtigten und den Berechtigten kraft Gebrauchserlaubnis oder Verleihung gehört ebenfalls zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.

Hierbei zeigt sich allerdings die subsidiäre Natur des Gemeingebrauches an den Wasserläufen gegenüber den Rechten des Eigentümers und der Nutzungsberechtigten. Gemäß § 36 W.G. hat nämlich die Wasserpolizeibehörde nur dafür zu sorgen, daß der Gemeingebrauch an den Wasserläufen durch Ausübung dieser Rechte nicht u n n ü t z erschwert oder o h n e e r h e b l i c h e n G r u n d unmöglich gemacht wird. Diese Bestimmungen kann man wohl mit Recht als sehr unbestimmt und kautschukartig bezeichnen.

Ebenso wie gegenüber Störungen des Gemeingebrauchs durch den Eigentümer und Sonderberechtigte greift der publizistische Schutz auch bei gegenseitigen Störungen zwischen den Gemeingebrauchsberechtigten untereinander Platz.

114) cf. OVG. 33, S. 452.

Wie schon oben ausgeführt wurde, findet das Recht des Einzelnen zur Ausübung des Gemeingebrauches in der Ausübung des gleichen Rechtes aller übrigen Gemeingebrauchsberechtigten seine Grenze. Kein Gemeingebrauchsberechtigter darf diesen so ausüben, daß er andere in der Ausübung des Gemeingebrauchs stört. Geschieht dies trotzdem, so können sich die Gestörten an die Polizeibehörde wenden, denn diese ist ja dazu da, den Gemeingebrauch in seiner ordnungsmäßigen Ausübung zu überwachen, zu regeln und zu schützen. Sie hat also auch dafür zu sorgen, daß das gleichmäßige Recht aller auf die Benutzung der öffentlichen Sachen im engeren Sinne nicht durch die übermäßige Inanspruchnahme dieses Rechtes beeinträchtigt wird. Sie kommt dieser Aufgabe meist dadurch nach, daß sie im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung allgemeine Vorschriften über die Benutzung der Gemeingebrauchssachen trifft.[115]

Ebenso bildet der Eingriff sonstiger Dritter eine Gefahr für den Gemeingebrauch. Dessen ungestörter Bestand rechnet zu den Polizeigütern und die Abwehr gegen Eingriffe in dieselben gehört zu den Aufgaben der Polizei.

Eine Gefährdung des Gemeingebrauches kann schließlich noch dadurch entstehen, daß die dem Gemeingebrauche gewidmeten Sachen nicht in einem dem Zwecke entsprechenden Zustand erhalten bleiben. Besteht nun eine Unterhaltspflicht für die öffentlichen Sachen im engeren Sinne, und welche Mittel bestehen zur Durchführung dieser Unterhaltspflicht?

Es gilt einmal der Satz, der für alle Sachen gilt, daß der Eigentümer seine Sachen in einem polizeimäßigen Zustande zu erhalten hat, daß also durch sie dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben keine Gefahren drohen.

Eine besondere Regelung der Unterhaltspflicht hat das Gesetz betreffs der öffentlichen Wege und der dem Gemeingebrauche unterliegenden Wasserläufe getroffen, wenngleich die Unterhaltspflicht der Wasserläufe nicht nur zum Schutze des Gemeingebrauches, sondern hauptsächlich der Anlieger und der übrigen Nutzungsberechtigten und zum Schutze gegen Hochwassergefahren besteht.

---

115) Näheres hierüber siehe S. 48 ff.

Unterhaltspflichtig für die öffentlichen Wege ist der „Wegebaupflichtige". Dies sind nach Art der verschiedenen Wege und nach den verschiedenen provinzialen Wegeordnungen bald der Staat, bald die Provinzen, Kreise oder sonstigen Kommunalverbände, ja, teilweise auch Privatpersonen.

Die Unterhaltspflicht der Wasserläufe richtet sich danach, welcher Ordnung der in Betracht kommende Wasserlauf angehört. Demgemäß liegt die Unterhaltspflicht dem Staate, teilweise besonderen zu bildenden Wassergenossenschaften und schließlich auch dem Eigentümer oder auch dem Anlieger ob.

Bei den Häfen trägt der Eigentümer, also regelmäßig der Fiskus, die Unterhaltspflicht.

Eine Unterhaltspflicht des Meeresstrandes kommt, wenigstens im Interesse des Gemeingebrauches, wohl kaum in Betracht, würde aber dann ebenfalls Aufgabe des Eigentümers, also regelmäßig des Fiskus, sein.

Die Wegepolizeibehörde kann nicht nur die Unterhaltung, sondern auch die Neuanlegung öffentlicher Wege von dem Wegebaupflichtigen verlangen. Bei den übrigen Gemeingebrauchssachen hat der Unterhaltspflichtige diejenigen positiven Maßnahmen zu treffen, welche erforderlich sind, damit die Sache ihrer Zweckbestimmung genügen kann.

Für den Schutz des Gemeingebrauches an den hier behandelten Sachen sind zuständig: Die Wegepolizei für die öffentlichen Wege und Plätze, die Wasserpolizei für die Wasserläufe und die Hafenpolizei für die Häfen. Für den Schutz des Gemeingebrauches am Meeresufer besteht keine besondere Polizeibehörde, er unterliegt der allgemeinen Polizei.

Die Wegepolizei wird tätig als Verkehrspolizei und Wegebaupolizei. Beide Zweige auseinanderzuhalten, ist deshalb wichtig, weil bei verkehrspolizeilichen Verfügungen auf die gegen sie offenstehenden Rechtsmittel lediglich die für die polizeilichen Verfügungen überhaupt geltenden grundsätzlichen Bestimmungen Anwendung finden,[116] gegen wegebaupolizeilichen Verfügungen dagegen andere.[117] Aus §§ 55 Zust.-Ges. ist zu entnehmen, was im allgemeinen das Gesetz als Aufgabe der Wegebaupolizei ange-

116) L.V.G. §§ 127 ff.
117) §§ 56 ff. Zust.Ges.

sehen wissen will: nämlich „die Aufsicht über die öffentlichen Wege und deren Zubehörungen sowie die Sorge dafür, daß den Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs in Bezug auf das Wegewesen Genüge geschieht.[118] Zu den insoweit erforderlichen Leistungen, das sind eben die den Gegenstand der Wegebaulast bildenden, soll die Wegepolizeibehörde den Träger der Baulast auffordern. [119] Die Aufgaben der Verkehrspolizei ergeben sich aus § 6 b Polizeiverwaltungsgesetz. Danach gehört zu den Aufgaben der Polizei die Sorge für Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, Brücken, Ufern und Gewässern.

Beide Zweige der Wegepolizei fallen in der Hauptsache stets zusammen und zwar mit der Ortspolizeibehörde. Eine wichtige Ausnahme gilt für die Chausseen. Bei diesen übt die Polizei, soweit es sich um den Wegebau handelt, ausschließlich der Regierungspräsident aus, sofern aber der polizeiliche Schutz in Betracht kommt, auf dem platten Lande der Landrat, in den Städten die Ortspolizeibehörde.

Wasserpolizeibehörden sind in Preußen:

a) für Wasserläufe erster Ordnung der Regierungspräsident bezw. der für das betr. Stromgebiet beauftragte Oberpräsident oder (sonst nicht zuständige) Regierungspräsident.[120]
b) für Wasserläufe zweiter Ordnung der Landrat, in Stadtkreisen die Ortspolizeibehörde und ebenso in Städten, welche mehr als 10 000 Einwohner haben.[121]
c) für Wasserläufe dritter Ordnung die Ortspolizeibehörde.[122]

Die Hafenpolizei wird als Angelegenheit der Landespolizei durch den Regierungspräsidenten und die ihm nachgeordneten Hafenpolizeibehörden ausgeübt.

Der Schutz und die Regelung des Gemeingebrauches am Meeresufer liegt der Ortspolizeibehörde ob. Durch § 6 b Polizeiverwaltungsgesetz wird die Ortspolizeibehörde ganz allgemein ermächtigt, für die Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs an den Ufern zu sorgen. Da keine

118) § 56 Zust.Ges.
119) Jebens, a.a.O. S. 553.
120) § 342 Nr. 1 W.G.
121) § 342 Nr. 2 W.G. i. Verb. mit § 127 L.V.G.
122) § 342 Nr. 3 W.G.

Ausnahmen für die Meeresufer gemacht ist, ist diese Vorschrift auch auf sie anwendbar.

Zur Abwehr von Störungen des Gemeingebrauches bedient sich die Polizei der ihr zu Gebote stehenden Mittel, der Polizeiverfügung und Polizeiverordnung. Handelt es sich bei Störungen des Gemeingebrauchs um das Vorgehen eines einzelnen, liegt also ein reales Vorkommnis vor, wie z. B. bei Störungen durch den Eigentümer der öffentlichen Sache oder bei Nichterfüllung der Unterhaltspflicht, ist das gegebene Mittel die Polizeiverfügung, sonst die Polizeiverordnung. Tatsächlich sind auch eine Unzahl von Polizeiverordnungen ergangen, die dem Schutze und der Regelung des Gemeingebrauches dienen.

Ein besonderes Verfahren findet statt bei Störungen des Gemeingebrauchs durch den Eigentümer eines Wegekörpers in Gestalt der „Inanspruchnahme des Weges für den öffentlichen Verkehr". Sie erfolgt dann, wenn Streit darüber besteht, ob ein Weg ein öffentlicher ist oder nicht. Dann ergeht nämlich die sog. Inanspruchnahme als Verfügung gegen denjenigen, der die Oeffentlichkeit des Weges bestreitet. Gegen diese Inanspruchnahme sind besondere Rechtsmittel gegeben.[123] Diese durch Verwaltungsgerichtsurteil festzustellende Oeffentlichkeit des Weges wirkt aber nur demjenigen gegenüber, der die Oeffentlichkeit bestritten hat. Niemals wirkt aber die Feststellung inter omnes. Diese Möglichkeit einer Feststellung gibt es im geltenden Verwaltungsrechte nicht.

In allen Fällen, in denen eine widerrechtliche Störung des Gemeingebrauches durch Dritte stattfindet, kann sich der gestörte Gemeingebrauchsberechtigte an die Polizeibehörde wenden und diese dadurch zum Vorgehen veranlassen. Dagegen hat er gegen den störenden Dritten keine direkten verwaltungsrechtlichen Mittel, etwa eine öffentlich-rechtliche Klage oder dergl., sondern er ist immer von dem Ermessen der Polizeibehörde abhängig. Für das preußische Recht dürfte es daher unzutreffend sein, wenn Fleiner[124] ausführt: „Gegen Störungen oder Beeinträchtigungen des Gemeingebrauches, mögen sie von Behörden *oder Privaten* ausgehen, stehen dem Einzelnen heute die allgemeinen

123) § 56 Zust.Ges.
124) a.a.O. S. 376.

Rechtsschutzmittel des Verwaltungsrecht zu Gebote: Verwaltungsbeschwerde und Anrufung der Verwaltungsgerichte." Man könnte daraus schließen, daß es zum Schutze des Gemeingebrauches auch ein Verwaltungsstreitverfahren gegen Private gibt. Ein solches ist jedoch in Preußen nicht anerkannt.

Für den Einzelnen besteht also nur die Möglichkeit sich an die Polizeibehörde zu wenden. Diese kann gegen die Störung des Gemeingebrauches von seiten Dritter einschreiten. Tut sie es aber nicht, so gibt es außer der Beschwerde im Dienstaufsichtswege kein Mittel, sie zum Einschreiten zu veranlassen, etwa durch Klage oder dergleichen.

B. Der Schutz gegenüber Staat und Verwaltungsbehörden.

Wie schon oben dargestellt wurde, ist es Sache der Verwaltungsbehörden, eine Sache dem Gemeingebrauch zu widmen, sofern dies nicht durch Gesetz geschieht, ferner den Gemeingebrauch zu regeln, zu beaufsichtigen und zu schützen. Welchen Schutz genießt nun der einzelne Gemeingebrauchsberechtigte gegenüber Eingriffen in sein Gebrauchsrecht durch die Verwaltungsbehörden?

Zunächst ist festzustellen, daß der einzelne Gemeingebrauchsberechtigte gegenüber Staat und Verwaltungsbehörden keinen Anspruch auf Herstellung oder Widmung von Gemeingebrauchssachen hat, denn das Recht auf den Gemeingebrauch entsteht ja erst mit der Widmung, mag nun diese durch Gesetz oder Verwaltungsakt erfolgen.

Bei der Prüfung der Frage des Schutzes des Gemeingebrauches gegenüber Staat und Verwaltungsbehörden muß zunächst gefragt werden: Hat der einzelne Gemeingebrauchsberechtigte einen Anspruch auf Erhaltung der Gemeingebrauchssachen in ihrem derzeitigen Charakter und Zustand? „Diese Frage muß offenbar verneint werden. Es hieße die den öffentlichen Körperschaften zustehenden Aufgaben und damit das öffentliche Interesse gegenüber dem entgegenstehenden privaten einfach mattsetzen, wenn durch die Widmung einer Gemeingebrauchssache, etwa einer öffentlichen Straße, jedermann einen Anspruch auf ihre dauernde Beibehaltung gewinnen sollte."[125] Ein solcher Anspruch läßt sich für das

125) Oertmann, a.a.O. S. 396.

preußische Recht nicht nachweisen. Das Recht des einzelnen auf den Gemeingebrauch währt also nur solange, als die Sache dieser Bestimmung gewidmet ist und erlischt mit der Entwidmung oder Außerdienststellung. Der Einzelne hat aber kein Recht auf das Fortbestehen dieser Einrichtungen, weder auf das Bestehen eines öffentliches Weges noch auf den Lauf des Wassers in einem bestimmten Rinnsale usw.[126]

Einen Schutz gegen eine willkürliche Aufhebung des Gemeingebrauches an einer Sache in ihrer Gesamtheit bildet der Umstand, daß der Gemeingebrauch nur durch einen der Widmung entsprechenden „actus contrarius“ sei dies nun Gesetz oder ein Verwaltungsakt, aufgehoben werden kann. Dem widerspricht es scheinbar, daß die Wasserpolizeibehörde den Gemeingebrauch auch an solchen Wasserläufen verbieten kann, die durch Gesetz dem Gemeingebrauche gewidmet sind.[127] Dieser Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. Die Polizei kann den Gemeingebrauch regeln, vielleicht tatsächlich unmöglich machen, aber nicht dem Rechte nach aufheben. Wenn sie ihre Anordnungen zurücknimmt, so wird der Gebrauch wieder offen.[128]

Gegen die Entwidmung einer Gemeingebrauchssache, die bei den hier dargestellten Sachen, abgesehen von den öffentlichen Wegen, stets durch Gesetz zu erfolgen hat, hat der Einzelne keine Rechtsmittel.

Nur gegen die Einziehung öffentlicher Wege ist dem Einzelnen eine Einspruchsmöglichkeit gegeben.

Oeffentliche Wege können, wenn es das Verkehrsbedürfnis erfordert, verlegt, und wenn sie überflüssig sind oder sonstige öffentliche Interessen stören, eingezogen werden. Den Beschluß der Einziehung faßt die Wegepolizeibehörde. Diese hat ihr Vorhaben in ortsüblicher Weise bekannt zu machen mit der Aufforderung, etwaige Einsprüche gegen die Einziehung des Weges binnen vier Wochen geltend zu machen. Wird dem Einspruch nicht stattgegeben, so steht der Weg der Verwaltungsklage offen.[129] Einspruchsberechtigt ist jeder Gemeingebrauchsberechtigte. „Das ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich bestimmt, jedoch waren nach dem früheren Recht nur bestimmte Personen aktiv legitimiert. Der Fort-

126) cf Sarvey, § 44.
127) cf. § 39 W.G.
128) cf. Friedrichs, § 25.
129) cf. § 57, I Zust.Ges.

fall dieser Beschränkung in dem jüngeren Gesetz ist daher als Erweiterung des Kreises der Berechtigten anzusehen."[130]

Voraussetzung für den Erlaß des Einziehungsbeschlusses ist, daß er im öffentlichen Interesse liegt.[131] Es fragt sich, welche öffentlichen Interessen die Wegepolizeibehörde zu berücksichtigen hat. Unstrittig sind es diejenigen, welche den Verkehr selbst betreffen. Alles, was in diesen Zusammenhang gehört, die Gesamtheit der Interessen, welche durch die Gestaltung des Wegenetzes unmittelbar berührt und je nach seiner Zweckmäßigkeit gefördert oder geschädigt werden, sind Verkehrsinteressen. Darüber hinaus hält das Oberverwaltungsgericht die Wegepolizeibehörde noch zur Wahrnehmung anderer Interessen für zuständig. Als solche werden anerkannt auch Interessen der Sicherheitspolizei, der Wasserpolizei, der Baupolizei[132] und auch volkswirtschaftliche Interessen.[133] Es dürfen dabei nicht einseitig die Interessen des Verkehrs sondern es müssen auch die übrigen der Polizei anvertrauten Interessen beobachtet werden.[134]

Diese Erfordernisse hat die Wegepolizei zu beachten. Anderenfalls wird der Einspruchsberechtigte mit seiner Klage Erfolg haben.

Wie oben ausgeführt wurde, kann einzelnen Personen ein Sondernutzungsrecht an öffentlichen Sachen im engeren Sinne eingeräumt werden. Derartige Verleihungen müssen naturgemäß eine teilweise Einschränkung des Gemeingebrauches an der betreffenden Sache mit sich bringen. Welche Mittel hat nun der einzelne Gemeingebrauchsberechtigte gegen eine derartige Verleihung? Hier muß festgestellt werden, daß er gegen die Verleihung als solche überhaupt kein Rechtsmittel hat. Die Verwaltungsbehörde hat zwar im Verleihungsverfahren die Interessen der Gemeingebrauchsberechtigten pflichtgemäß zu berücksichtigen, wie dies z. B. auch im Wassergesetz[135] besonderen Ausdruck gefunden hat. Aber der Einzelne hat keine Einspruchsmöglichkeit gegen die Verleihung, denn in keinem besonderen Verleihungsverfahren ist dem Gemeingebrauchsberechtigten eine solche gegeben.

130) Lassar, a.a.O. S. 84.
131) cf. OVG. 60, S. 366; 67, S. 332.
132) cf. OVG. 32, S. 338.
133) cf. OVG. 39, S. 196.
134) cf. OVG. 5, S. 226; Lassar a.a.O. S. 90.
135) § 57 W.G.

Wie schon oben dargelegt wurde, macht die öffentliche Ordnung es notwendig, daß den mit der Wahrung derselben betrauten Behörden, der Polizei, der Schutz und die Regelung der Art und Weise des Gebrauchs der öffentlichen Sachen im engeren Sinne vorbehalten ist. Auch bloße Möglichkeiten der Schädigung kommen hier in Betracht; die Polizei wirkt insofern vorbeugend.[136]

„Die Polizei kann den Gemeingebrauch regeln, damit seine Ausübung durch den Einzelnen verträglich bleibe mit der gleichen Freiheit der anderen und mit dem guten Bestande der Sache, die dieser Freiheit dient."[137] Eine derartige Regelung aber bringt häufig zwangsläufig eine Beschränkung des vorher bestehenden Gemeingebrauches mit sich. Aus welchem Anlaß kann nun „die Polizei des Gemeingebrauches" den Gemeingebrauch regeln und dadurch die Befugnis des Einzelnen einengen?[138]

Bei den meisten der hier dargestellten Sachen wird die Ausübung des Gemeingebrauches stets mit einer gewissen Abnutzung verbunden sein, das ist unvermeidlich. Es können aber polizeiliche Vorschriften dahin ergehen, daß Gebrauchsarten, welche diese Abnutzung übermäßig steigern oder sofortige Störung zu bewirken imstande sind, verboten oder nur unter Beschränkungen zugelassen werden. Dahin gehören z. B. Vorschriften über die Breite der Radkränze der Wagen und über die Bereifung von Lastkraftwagen, Verbot des Befahrens der Straßen mit Dampflokomotiven, das zulässige Gewicht beim Befahren von Brücken, der zulässige Tiefgang von Schiffen usw.

„Nicht alle Benutzungsarten, die im Gemeingebrauch enthalten sind, haben gleichen Wert. Vom Standpunkt der öffentlichen Verwaltung aus sind wichtigere und minder wichtige zu unterscheiden. Sofern nun diese Benutzungsarten sich untereinander stören und stoßen, ist es Aufgabe der Polizei des Gemeingebrauches, zu bewirken, daß die minder wertvolle ausweicht. Dies kann dahin führen, daß ganze Seiten des Gemeingebrauches unterdrückt werden müssen."[139]

---

136) cf. O. Mayer, D.V.R. II, S. 84.
137) O. Mayer, D.V.R. II, S. 84.
138) Für das folgende vgl. Mayer, D.V.R. II, S. 84 ff.
139) Mayer, D.V.R. II, S. 84.

Bei besonders intensivem Gebrauch muß der Gemeingebrauch vor Zerstörung dadurch bewahrt werden, daß der Menge der Benutzer eine gewisse Leitung gegeben wird. Dazu dienen die Vorschriften über Rechtsgehen und- fahren, die Schaffung von Einbahnstraßen, wie überhaupt fast alle Verkehrsvorschriften.

Unter Umständen können sogar die wesentlichen Benutzungsarten zeitweise ausgeschlossen werden, namentlich bei den dem Verkehre dienenden Sachen der Verkehr selbst: Eine Straße wird z. B. gesperrt. Eine solche Sperrung rechtfertigt sich von selbst durch die Notwendigkeit der Instandhaltung. Eine Straße soll gepflastert, ein Kanal den alljährigen Baggerungsarbeiten unterzogen werden. Bis das erledigt ist, wird die Benutzung polizeilich verboten.

Es kann auch die Straße, der Wasserlauf, der Hafen oder der Meeresstrand zeitweilig für eine Art bevorzugten Verkehrs in Anspruch genommen werden, dessen polizeilicher Schutz dann als Absperrung für alle übrigen wirkt. Die Benutzung der Straßen zu Fest- und Demonstrationsumzügen, der Wasserläufe zu Ruderregatten oder Schauschwimmen, des Meeresstrandes zu Pferderennen usw. sind Beispiele für solche Arten bevorzugter Benutzung.

Dies führt zur Betrachtung der polizeilichen Beschränkungen des Gemeingebrauches im Interesse der Sondernutzungsberechtigten. Die Bedeutung einer solchen schon mehrfach erwähnten Verleihung erschöpft sich nicht darin, daß die einbezogene Strecke dem Gemeingebrauche in bestimmten Beziehungen entzogen wird. Der durch diese Anordnung geschaffene Zustand bildet einen Teil der öffentlichen Ordnung und die Regelung der Benutzung unter den Vorzugs- und Gemeingebrauchsberechtigten ist also Aufgabe der Polizei. Die Polizei ist zur Regelung dieser Ordnung berufen, ohne Rücksicht darauf, daß ihr Einschreiten zugleich der Berechtigung des Konzessionsinhabers zum Schutze gereicht, und dies auch dann, wenn die Rücksicht auf diese Berechtigung den Anlaß zum polizeilichen Vorgehen gibt.[140]

Bei ihrem Vorgehen hat sich die Polizei im Rahmen ihrer allgemeinen Ermächtigung zu halten, ist also an

140) cf. O.V.G. 60, S. 291.

10 II 17 ALR. gebunden. Meist wird die Polizeibehörde sich bei einer derartigen Regelung des Gemeingebrauches auf ihre Aufgabe zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung stützen. Eine allgemeine Befugnis dagegen, souverän über die Benutzung der öffentlichen Sachen zu bestimmen und diese zu beschränken, ist der Polizei natürlich nicht gegeben.

Eine über den Rahmen des § 10 II 17 ALR. hinausgehende Befugnis besteht für die Wasserpolizei. Ihr fällt die Aufgabe zu, den Gemeingebrauch an den Wasserläufen zu schützen und ihn als rechtliche Eigenschaft der Gewässer zu überwachen. Sie kann ihn hierbei nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen allgemein oder im einzelnen regeln, beschränken oder sogar verbieten.[141] Hierbei ist Gegenstand der wasserpolizeilichen Befugnisse sowohl Art, Umfang, wie Zeit des Gemeingebrauches und zwar auch bis zu seinem völligen, dauernden oder zeitweiligen Verbote.[142] Die Polizei ist hierbei nicht auf Rücksichten des öffentlichen Wohles beschränkt; indes wird, entsprechend der Stellung des Gemeingebrauchs im Gesetze und der Polizei als der Schutzbehörde allgemeiner Interessen, auch die Befugnis der Wasserpolizeibehörde einzuschränken sein. Sie darf daher eine Beschränkung oder ein gänzliches Verbot des Gemeingebrauches gegenüber dem gesetzlich zulässigen Umfange nicht im Hinblick auf jedes private Interesse verfügen, sondern nur auf solche Interessen, die auch vom allgemeinen Standpunkt aus als schutzbedürftig erscheinen. „Die Regelung darf daher nicht etwa derart getroffen werden, daß zugunsten Einzelner alle übrigen Gleichberechtigten an geschaffene Einrichtungen gebunden und gezwungen werden, sich den für diese Einrichtung aufgestellten Benutzungsbedingungen zu unterwerfen.“[143]

Nachdem die Gründe und Schranken der polizeilichen Regelung des Gemeingebrauches betrachtet sind, ergibt sich als weitere Frage: welche Mittel stehen dem einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten zu Gebote, falls er sich durch die Maßnahmen der „Polizei des Gemeingebrauches“, durch die der Gemeingebrauch beschränkt wird, beschwert fühlt?

---

141) cf. § 39, W.G.
142) cf. Holtz-Kreutz, a.a.O. I Anm. zu § 39.
143) O.V.G. 60, S. 286, 288.

Hierbei hat man zu unterscheiden, ob sich die Polizei bei ihrem Vorgehen der Polizeiverordnung oder der Polizeiverfügung bedient.

Die Polizeiverordnungen stehen unter einer doppelten Kontrolle. Diese ist entweder eine administrative oder eine richterliche.

Das Recht der administrativen Kontrolle ruht bei dem Minister des Innern — hinsichtlich der Strom-, Schiffahrts- und Hafenpolizei bei dem Handelsminister — und bei den Regierungspräsidenten. Dieses Prüfungsrecht erstreckt sich auf die Rechtsgültigkeit, Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verordnung. Der Minister ist berechtigt, alle Polizeiverordnungen der ihm untergeordneten Behörden außer Kraft zu setzen,[144] wenn er sie für rechtswidrig oder unzweckmäßig hält. Der Regierungspräsident ist dazu hinsichtlich der in seinem Bezirke erlassenen kreis- oder ortspolizeilichen Verordnungen befugt, ist aber bei der Ausübung dieser Befugnis an die Zustimmung des Bezirksausschusses gebunden.[145]

Das Recht der richterlichen Nachprüfung ruht bei den ordentlichen und den Verwaltungsgerichten. Es erstreckt sich nur auf die Prüfung der Rechtsgültigkeit, nicht aber auf die der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Verordnung.[146] Der ordentliche Strafrichter wird tätig, wenn auf Grund einer Polizeiverordnung eine polizeiliche Strafverfügung ergangen ist, der Verwaltungsrichter, wenn eine Polizeiverfügung, die sich auf eine Polizeiverordnung stützt, durch die noch zu behandelnden Rechtsmittel angefochten wird. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit durch den Richter beschränkt sich darauf, ob die Behörde, die die Polizeiverordnung erlassen hat, örtlich und sachlich zuständig war, insbesondere, ob es sich um eine Materie handelt, die polizeilich geregelt werden darf, und ob die vorgeschriebene Form gewahrt ist. Weder der Strafrichter noch der Verwaltungsrichter darf aber eine Polizeiverordnung als solche aufheben. Er braucht sie nur im Einzelfalle nicht anzuwenden.

Dem einzelnen Berechtigten, der sich durch den Erlaß einer den Gemeingebrauch beschränkenden Polizeiverordnung

144) cf. § 16 Pol.Verw.Ges.
145) cf. § 145 L.V.G.
146) cf. § 17 Pol.Verw.Ges.

beschwert fühlt, stehen gegen die Verordnung als solche keine direkten Mittel zur Verfügung.

Anders beim Vorliegen einer Polizeiverfügung. Das preußische Verwaltungsrecht gewährt in den §§ 127 ff. LVG. Rechtsmittel gegen Polizeiverfügungen. Diese Vorschriften finden auch auf Verfügungen der Wasserpolizeibehörden Anwendung.[147] Die Rechtsmittel gegen die polizeilichen Verfügungen sind doppelter Art: Die formelle Beschwerde im Instanzenzuge der Verwaltung und Klage vor den Verwaltungsgerichten.

Die Beschwerde kann beliebig begründet werden. Die Klage hingegen kann nur auf die Behauptung gestützt werden, daß das bestehende Recht unrichtig angewandt worden ist (Rechtswidrigkeit) oder daß die tatsächlichen Voraussetzungen, welche die Polizeibehörde zum Erlaß der Verfügung berechtigt haben würden, nicht vorhanden seien (Sachwidrigkeit). Die Verwaltungsklage ist nur demjenigen gegeben, der in seinen Rechten verletzt ist. Bei einer Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs ist aber der Einzelne in seinen Rechten verletzt.

Neben diesen Rechtsmitteln gibt es sowohl gegen die Polizeiverordnungen als auch gegen die Polizeiverfügungen die formlose Beschwerde im Dienstaufsichtswege. Diese ist weder an einen Instanzenzug gebunden, noch ruft sie eine Reaktionspflicht für die angerufene Behörde hervor.

Mit der Entwidmung einer Gemeingebrauchssache oder der Beschränkung des Gebrauches an derselben wird das Recht des Gemeingebrauches an der betreffenden Sache aufgehoben oder vermindert. Steht nun dem einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten bei Aufhebung oder Beschränkung des Gemeingebrauches ein Entschädigungsanspruch zu?

Die privatrechtlichen Grundsätze über unerlaubte Handlung kommen nicht in Betracht. Diese Vorschriften versagen dem rechtmäßig auftretenden Staate und seinen Organen gegenüber.

Auch eine Entschädigungspflicht des Staates auf Grund des Art. 153 RV. wegen Enteignung kommt nicht in Frage. Denn nach der herrschenden Ansicht hat die Enteignung das Wesen einer Uebereignung. Infolgedessen ist die Auf-

---

147) cf. § 347 W.G.

hebung oder Beschränkung eines Rechtes keine Enteignung, wenn sie nicht auch zugleich eine Uebereignung ist, d. h. wenn nicht das dem einen Entzogene zugleich oder teilweise ein anderer erhält.[148] Aber „staatliche Eingriffe, die nicht auf Uebereignung des betreffenden Einzelrechts hinauslaufen, fallen nicht unter den Begriff der Enteignung."[149] Außerdem aber ist als Enteignung nur ein Eingriff in die Privatrechtssphäre des Einzelnen anzusehen und zwar in der Weise, daß dadurch nicht alle Staatsbürger gleichmäßig, sondern nur einzelne oder doch nur ein verhältinsmäßig enger Kreis von einzelnen dadurch betroffen werden, daß ihm also der Charakter eines Einzelangriffs, der Auferlegung besonderer Opfer, innewohnt. Dies ist aber bei der Aufhebung oder Beschränkung des Rechts auf den Gemeingebrauch nicht der Fall. Durch einen derartigen Eingriff in das öffentliche Recht des Gemeingebrauches werden alle Berechtigten, d. h. alle preußischen Staatsbürger, betroffen.

Für andere Eingriffe in die Rechtssphäre des Einzelnen unterscheidet die herrschende Meinung, ob der Eingriff erfolgt ist durch einen Akt der Gesetzgebung, dann entsteht ein Ersatzanspruch nur, wenn ihn das Gesetz festlegt, oder durch Verwaltungsakt. In diesem letzteren Falle hat man eine Entschädigungspflicht des Staates zu begründen versucht mit dem Hinweis auf die Billigkeit und dem Einwurf wohlerworbener Rechte. Beides wird von der herrschenden Meinung jedoch nicht anerkannt. Vielmehr verlangt diese einen bestimmten Rechtssatz. In Preußen bietet das ALR. eine besondere Grundlage in den §§ 74, 75 Einl. Diese Bestimmungen lauten: § 74: Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles, wenn zwischen beiden ein ausdrücklicher Widerspruch eintritt, nachstehen. § 75: Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des Gemeinwesens aufzuopfern genötigt ist, zu entschädigen, gehalten.

Ueber diese Gesetzesbestimmungen führt das Reichsgericht[150] aus: „Erste Voraussetzung für die Verpflichtung

148) cf. Schultzenstein, a.a.O. S. 171; Giese, a.a.O. Art. 153 Anm. 2,
149) Fleiner, a.a.O. S. 294.
150) Gruchot, 56, S. 1118.

des Staates zur Entschädigung ist, daß ein Mitglied des Staates nicht bloß „einzelne Rechte und Vorteile" sondern „seine" besonderen Rechte und Vorteile hat aufopfern müssen. Das Beiwort „besondere" bezieht sich nicht bloß auf Rechte, sondern auch auf Vorteile und unter „besonderen Vorteilen" ist nichts anderes zu verstehen als „besondere Rechte", aus denen sich Vorteile ergeben. Das Wort „Vorteile" ist nur zur weiteren Verdeutlichung desjenigen, das aufgeopfert sein muß, hinzugefügt."

Durch die Kabinettsorder vom 4. 12. 1831 ist in unzweideutiger Weise bestimmt worden, daß sich die Entschädigungspflicht nur auf die Verletzung von Privateigentum beschränkt. Unter Privateigentum ist jedes private Vermögensrecht zu verstehen.[151] Danach ist der Entschädigungsgrundsatz bei Eingriffen in den öffentlichen Interessenkreis des Einzelnen nicht anwendbar. Demnach ist also der Entschädigungsanspruch aus § 75 Einl. ALR. an das Vorhandensein einer privatrechtlichen Grundlage geknüpft.[152]

Wie oben ausgeführt wurde, ist das Recht auf den Gemeingebrauch als ein öffentlich-rechtliches Mitgliedschaftsrecht anzusehen, das den Staatsangehörigen nicht auf Grund besonderer Rechtstitel, sondern lediglich auf Grund ihrer Zugehörigkeit zum Staate zusteht. Es ist also weder als ein „besonderes" Recht des Einzelnen, noch als ein Privatrecht zu betrachten. Ein Entschädigungsanspruch aus § 75 Einl. ALR. ist demgemäß abzulehnen.

II. Der privatrechtliche Schutz des Gemeingebrauches.

Gibt es auch einen privatrechtlichen Schutz des Gemeingebrauches?

Ein indirekter Schutz des Gemeingebrauches ergibt sich aus den Vorschriften des BGB., durch die das Eigentum geschützt wird. Der Eigentümer einer Gemeingebrauchssache kann, falls jemand die Sache über den Gemeingebrauch hinaus in Anspruch nimmt, die Beseitigung dieser Beeinträchtigung verlangen und, falls Fortsetzung oder Erneuerung der Störung zu befürchten ist, auf Unterlassung

151) cf. Anschütz, V.A. V. S. 103.
152) Ebenso R.G. 69, S. 51; 73, S. 200; 35, S. 237; 36, S. 273; Gruch. 26, S. 37; a. Ans. Mayer, D.V.R. II, S. 353.

klagen.[153] Weiterhin kann der Eigentümer mit dem § 906 BGB. gegen unzulässige Immissionen vorgehen.

Ist der Staat Eigentümer der Gemeingebrauchssache, wird er es aber in der Regel vorziehen, seine Recht nicht als Fiskus, sondern als Hoheitsperson geltend zu machen, und sich dann der oben angeführten Mittel bedienen.

Hiervon getrennt ist wieder der Schutz zu betrachten, den der einzelne Berechtigte bei Beeinträchtigungen seines Gebrauchsrechtes genießt.

Die gemeinrechtlichen Interdikte, die durch das Inkrafttreten des BGB. als beseitigt zu gelten haben,[154] hatten im preußischen Rechte nie Eingang gefunden. Daher ist nur zu prüfen, ob die Vorschriften des BGB. zum Schutze des Gemeingebrauches Anwendung finden können.

Eine Popularklage auf Schutz des Gemeingebrauches, die der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit erheben könnte, ist der heutigen Rechtsordnung fremd. Es ist also die Frage zu prüfen, ob dem einzelnen Gemeingebrauchsberechtigten der ordentliche Rechtsweg offensteht, wenn er seine Klage darauf stützt, daß er in *seinem* Rechte auf Ausübung des Gemeingebrauchs gestört werde. Gemäß § 13 GV. gehören vor die ordentlichen Gerichte nur die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Das Recht des Einzelnen auf Ausübung des Gemeingebrauches beruht zwar auf rein öffentlich-rechtlicher Grundlage, aber die Ansprüche, die aus der Verletzung dieses Rechts entspringen, sind privatrechtlicher Natur.[155]

Bei widerrechtlicher Störung in der Ausübung des Gemeingebrauches durch Dritte ist zweifellos § 826 BGB. anwendbar, wonach derjenige, welcher in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderem vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist. Unter Umständen kann auch die Bestimmung des § 823 Abs. 2 in Betracht kommen. Danach trifft eine Schadenersatzpflicht denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Unter Gesetz ist jede Rechtsnorm zu verstehen,[156] also auch Polizeiverordnungen. Streit herrscht jedoch darüber, ob unter

---

153) cf. § 1004 B.G.B.

154) a. Ansicht: Gierke, D. Pr.R. II, S. 25.

155) cf. Enneccerus, a.a.O. I, 1 § 123, III; Dernburg, Preuß, Pr.R. § 67 Anm. 15; Endemann, a.a.O. II § 5, 3; Schoen a.a.O. S. 287.

156) E.G. B.G.B. Art. 2.

den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzen auch solche zu verstehen sind, die zunächst den Schutz der Gesamtheit ins Auge fassen, aber dadurch auch dem Einzelnen zugute kommen. Nach herrschender Meinung sind Gesetze, welche die Gesamtheit als Summe der Einzelnen (Publikum) zu schützen bezwecken, stets auch zum Schutze des Einzelnen bestimmt, also unter die Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. zu rechnen.[157] Hiernach fallen unter diese Normen auch die Gesetze und Polizeiverordnungen über die Regelung und den Schutz des Gemeingebrauches.[158]

Streitig ist, ob § 823 Abs. 1 anwendbar ist. Nach § 823 Abs. 1 ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder e i n s o n s t i g e s R e c h t eines anderen widerrechtlich verletzt. Es ist nun zu prüfen, ob der Gemeingebrauch als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 anzusehen ist. Eine Ersatzpflicht ist von denen abzulehnen, die dem Gemeingebrauche die Natur eines subjektiven Rechts absprechen.[159] In der obigen Darstellung ist jedoch der Gemeingebrauch als subjektives öffentliches Recht gekennzeichnet worden.

Zu den „Rechten" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. gehören nach herrschender Meinung nur die sog. absoluten, d. h. die gegen jedermann geschützten Rechte. Wir hatten den Gemeingebrauch als ein subjektives öffentliches Recht bezeichnet, das sich dem Staate gegenüber in einem positiven Anspruch auf Mitgebrauch der öffentlichen Sache, allen anderen Personen gegenüber in dem negativen Anspruch auf Unterlassung jeder diesen Mitgebrauch störenden Handlung äußert. Demnach ist die Gemeingebrauchsbefugnis als ein gegen jedermann wirksames, also ein absolutes Recht anzusehen. Wenn dieses Recht auch ausschließlich im öffentlichen Rechte wurzelt, so liegt doch kein Anlaß vor, eine Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB. zu verneinen. Denn davon, daß es sich um ein privates Recht handeln müsse, ist im § 823 BGB. nichts gesagt. Vielmehr ist als Recht des § 823 Abs. 1 BGB. „jedes durch das Privat- oder öffentliche Recht geschützte subjektive Recht,

---

157) cf. Staudinger, II, 2 § 823 Erl. III A, 2; Planck a.a.O. II, 2 § 823, Erl. III, 2.
158) cf. Biermann, a.a.O. S. 42.
159) So R.G. in Seuff. 76, S. 22; in: Recht 1920, Nr. 1362; 1924, Nr. 1678; bei Gruch. 68, S. 76.

das von jedermann geachtet werden muß und daher von jedermann verletzt werden kann," zu verstehen.[160]

Unter Umständen findet auch § 839 BGB. in Verbindung mit Art. 131 RV. Anwendung. Dann ist sogar der Staat bei Verletzungen des Gemeingebrauchs schadensersatzpflichtig, da er für die Amtspflichtverletzungen seiner Untertanen zu haften hat.

Der zum Schadenersatze Verpflichtete hat in allen Fällen den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Zustand nicht eingetreten wäre,[161] also z. B. ein Hindernis, welches er dem Gemeingebrauche bereitet hatte, zu entfernen. Unter Umständen tritt an Stelle dieser Naturalrestitution Geldersatz. Ein weiteres Recht des Verletzten greift Platz, wenn er durch das Verhalten des Täters mit einer rechtswidrigen Verletzung des Gemeingebrauchsrechtes in der Zukunft bedroht wird, sei es, daß die drohende Schädigung noch nicht eingetreten ist, sei es, daß ihre Wiederholung in der Zukunft zu befürchten sei. Hier hat der Verletzte — obschon das Gesetz nichts davon erwähnt — einen Anspruch auf Unterlassung der Schädigung und zwar auch dann, wenn der Täter schuldlos ist. Eine Feststellungsklage auf Bestehen des Rechts zum Gemeingebrauche gemäß § 256 ZPO. ist dagegen nicht zulässig. Denn hiermit wird nicht bloß die Entscheidung über die Oeffentlichkeit der Sache als Urteilselement, sondern eine, wenn auch nur unter den Parteien rechtskräftige, unmittelbare Sachentscheidung über die Oeffentlichkeit der Sache im Tenor des Urteils verlangt. Ein solches Klageverlangen ist im ordentlichen Rechtswege nicht zugelassen. Denn „die Feststellung griffe über den vorliegenden Rechtsstreit hinaus. Würde das Urteil rechtskräftig, so könnte die Frage, ob die Sache eine öffentliche sei, zwischen den Parteien als ein für allemal entschieden gelten und es ist nicht ausgeschlossen, daß das Urteil mit einer das Gegenteil feststellenden Entscheidung der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte in Widerspruch treten würde".[162] Eine derartige Entscheidung steht also nur den Verwaltungsbehörden zu.

160) Fischer-Henle, Bem. 8 zu 823 Abs. 2; ebenso Neumann, a.a.O. § 823 N.B. V b; Goldmann, a.a.O. Anm. zu § 823; Dernburg, Bürgerl. Recht, II, § 183, Anm. 6; Crome, a.a.O. II, § 325, II.
161) § 249, Abs. 1 B.G.B.
162) R.G.Z.

Keine privatrechtlichen Ansprüche stehen dem Gemeingebrauchsberechtigten zur Verfügung, wenn er sich dem Herrn der öffentlichen Sache i. e. S. gegenübergestellt sieht.

Nach § 13 GVG. gehören vor die ordentlichen bürgerlichen Gerichte nur bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. Solche liegen nicht vor, wenn das Rechtsverhältins auf der Unterordnung des einen Teiles unter die Gewalt des anderen, mag dieser andere nun der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Korporation sein, beruht, sondern dann liegt ein öffentliches Rechtsverhältnis vor. „Wesentlich für die Erkenntnis dieser Höherwertigkeit des Staatswillens ist das einseitige Bestimmen des Rechtsverhältnisses, „das Rechtmachen" gegenüber dem Einzelnen".[163] Wie oben ausgeführt wurde, beruht das Recht des Einzelnen auf Ausübung des Gemeingebrauches nicht auf einem privat-rechtlichen Titel, sondern auf seiner Zugehörigkeit zum öffentlich-rechtlichen Verbande. Es ist oben als ein öffentlich-rechtliches Mitgliedschaftsrecht bezeichnet worden. Die Regelung und Beschränkung des Gemeingebrauches erfolgt kraft hoheitlicher Stellung des Staates. Dies ist ein rein öffentliches Rechtsverhältnis. Dem einzelnen Berechtigten stehen demnach bei Beeinträchtigungen des Gemeingebrauches durch die Verwaltungsbehörden keine privatrechtlichen Rechtsschutzmittel zu.

Hiervon zu scheiden sind natürlich die oben erwähnten Schadenersatzansprüche gegen den Staat bei rechtswidrigen Handlungen seiner Organe.

III. Der strafrechtliche Schutz des Gemeingebrauches.

Einen indirekten, aber wirksamen Schutz des Gemeingebrauches bietet auch das Strafrecht.

Wie oben dargestellt wurde, sind eine Unzahl von Polizeiverordnungen ergangen, durch die der Gemeingebrauch geregelt und geschützt werden soll. Die Uebertretung derartiger Polizeiverordnungen ist mit Strafe bedroht. Die Strafandrohung ist teilweise in den Verordnungen selbst ausgesprochen, teilweise findet sie sich in sog. Blankettgesetzen. So bedroht § 366 Ziff. 10 St. G. B. denjenigen mit Strafe, der die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt. Eine ganz

163) Mayer, D.V.R. I, S. 53.

ähnliche Bestimmung ist im § 21 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen getroffen.

Daneben dienen noch eine ganze Reihe Vorschriften des Strafgesetzbuches oder seiner Nebengesetze dem Schutze des Gemeingebrauches. Nach §§ 305, 321, 326 StGB. wird die Zerstörung oder Beschädigung von öffentlichen Wegen und Brücken und die Störung des Fahrwassers in schiffbaren Strömen, Flüssen oder Kanälen bestraft. Auch die §§ 25, 26 des Feld- und Forstpolizeigesetzes wollen eine Zerstörung oder Beschädigung der öffentlichen Wege verhindern. § 366 Ziff. 3 und 9 StGB. bedroht ebenfalls die Störung des Gemeingebrauches auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und Wasserstraßen. Unter Umständen können auch noch andere vorschriften bei einer widerrechtlichen Störung des Gemeingebrauches Anwendung finden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß sich der Gemeingebrauchsberechtigte in Notwehr befindet bezw. erlaubte Selbsthilfe ausübt, wenn er im Falle einer widerrechtlichen Störung im Gemeingebrauche sich mit Gewalt die im Gemeingebrauche liegende Benutzung erzwingt, und er daher weder nach dem Strafrechte noch nach dem Zivilrechte unrechtmäßig handelt.

Lebenslauf.

Ich, Hermann Ernst Schrader, Sohn des Oberamtsanwalts Hermann Schrader und dessen Ehefrau Elli, geb. Bauer, wurde am 21. Juli 1906 zu Bitterfeld geboren,

Von 1912 bis 1915 besuchte ich die Volksschule zu Nebra (Unstrut), von 1915 bis 1917 die „Höhere Familienschule" zu Roßleben und von 1917 bis 1918 die Klosterschule zu Roßleben. Seit Sommer 1918 war ich Schüler des Stadtgymnasiums zu Halle (Saale). An dieser Anstalt erlangte ich Ostern 1924 das Zeugnis der Reife.

Vom Sommersemester 1924 bis zum Wintersemester 1928/29 war ich bei der „Vereinigten Friedrich-Universität Halle-Wittenberg" immatrikuliert und habe mich während dieser Zeit dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften gewidmet. Am 24. und 26. November 1928 habe ich am Oberlandesgericht Naumburg die erste juristische Staatsprüfung abgelegt.

Am 21. Februar 1930 bestand ich die mündliche Doktorprüfung vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der „Schlesischen Friedrich-Wilhelm-Universität zu Breslau".

Zur Zeit bin ich Referendar am Amtsgericht zu Breslau.